Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurse des Treuhänders.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg i. E.

vorgelegt von

Walter Bing

Referendar in Straßburg i. E.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Straßburg

Druck von M. DuMont Schauberg

1916

Berichterstatter: **Prof. Dr. Kisch.**

Meiner Mutter

Da die Drucklegung der Arbeit infolge Kriegsausbruches verzögert wurde, ihre Beendung sich jedoch noch während des Krieges als notwendig erwies, bedauert der Verfasser, dem nur eine kurze Urlaubszeit zu diesem Zwecke zur Verfügung stand, die Zitate nicht auf den Standpunkt der heutigen Wissenschaft und Rechtsprechung gebracht zu haben; möchten die außergewöhnlichen Verhältnisse, die der Krieg mit sich brachte, diesen Mangel rechtfertigen helfen.

Straßburg i. E., im August 1916.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0014

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Die Behandlung unseres Themas 9
I. Teil. Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte (Treuhändergeschäfte) 11
§ 1. Bezeichnung und Einteilung 11
§ 2. Wesen und Hauptmerkmale 12
§ 3. Die bisherige Behandlung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurs des Treuhänders 16
a) in der Theorie 16
b) in der Praxis 25
§ 4. Die Unzulässigkeit der Aussonderung 28
§ 5. Die Ansicht des Verfassers 30
II. Teil. Die Folgen unserer Konstruktion im Konkurs des Treuhänders 36
§ 6. Der Gedankengang der Behandlung 36
§ 7. Die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Beziehungen zwischen Fiduzianten und Fiduziar 37
1. Die echten fiduziarischen Rechtsgeschäfte 37
a) Die treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens 38
b) Die Cession und das Indossament zu Inkassozwecken 60
2. Die unechten fiduziarischen Rechtsgeschäfte 64
a) Die Sicherungsübereignung insbesondere von Mobilien 65
b) Der Depotwechsel 82
Schluß. Rückblick und Ausblick 83
Literaturverzeichnis 85

Einleitung.

Die Behandlung unseres Themas.

Über ein Thema, dessen Behandlung vom Geiste einer strengen Wissenschaft getragen sein soll, Untersuchungen von durchweg praktischen Folgen anzustellen, ist in gewisser Beziehung ein verfängliches Beginnen. Gar zu oft zeigt es sich, daß in der Rechtswissenschaft mehr wie in einer anderen Disziplin der Wunsch der Vater der Gedanken ist und daß mancher Jurist gerne das als seine wissenschaftliche Überzeugung kundgibt, was er aus Zweckmäßigkeitsgründen für erstrebenswert hält. Gerade bei jenen Fragen, die den Gegenstand der vorliegenden Erörterung zu bilden bestimmt sind, wird dieser Fehler — anders kann man die Methode nicht bezeichnen — häufig gemacht. Ist es doch ein durchaus modernes Rechtsinstitut, welches im Rahmen dieser Arbeit einer kritischen Untersuchung unterzogen werden soll, ein Rechtsinstitut zudem, das jeder gesetzgeberischen Unterlage in unserem deutschen Rechte entbehrt. So sind denn auch alle Ansichten, die im Laufe des letzten Jahrzehnts über das fiduziarische Rechtsgeschäft geäußert worden sind, mehr oder weniger Vorschläge „de lege ferenda". Daß diese Ansichten stark voneinander abweichen und deshalb das Gebiet der fiduziarischen Rechtsgeschäfte mit zu den bestrittensten des modernen Rechtes machen, kann uns in einer Zeit, wo so viele Juristen Sozialpolitiker sein wollen, nicht wundernehmen. Leider finden hierbei Momente, die größtenteils außerhalb des Bereiches der juristischen Denkmethode liegen, sehr zum Nachteil objektiver Rechtsbeurteilung allzustarke Berücksichtigung. Besonders sind es wirtschaftliche Erwägungen, die, entsprechend dem sozialen Sinne unseres Rechts, bei der Behandlung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte Platz greifen. Fast alle Schriftsteller

räumen dem ökonomischen Zweck der fiduziarischen Rechtsgeschäfte einen weitgehenden Einfluß auf die juristische Struktur dieser Gebilde ein. Auch die Rechtsprechung, besonders die Judikatur des RG., zeigt sich, wie wir an anderer Stelle noch erfahren werden, solchen wirtschaftlichen Einwirkungen zugänglich und geht in dem Bestreben, vom volkswirtschaftlich-sozialen Standpunkt aus möglichst billige Entscheidungen zu treffen, selbst soweit, bisher unantastbare Rechtsbegriffe, beispielsweise das „Eigentum", durch Interpretationen nationalökonomischer Natur zu trüben. Mit Recht ist dieser Methode vorgeworfen worden, daß sie Jurisprudenz mit Nationalökonomie vermenge und zu verschwommenen, die Festigkeit des Rechts auflösenden Zuständen führen müsse.[1])

Nirgends macht sich diese Verquickung wirtschaftlicher und juristischer Begriffe störender bemerkbar, als in der Untersuchung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte vom Standpunkt des Konkurses aus. Ein Gebiet von solch strengformellem Charakter, wie der Konkurs es ist, verträgt naturgemäß nicht die Berücksichtigung von Zweckmäßigkeitsgründen bei der Beurteilung neuer Erscheinungen des Rechtslebens. Juristische Schwierigkeiten lassen sich nur juristisch, nicht wirtschaftlich lösen, und wenn auch bei allen Rechtsgeschäften wirtschaftliche Motive mitspielen mögen,[2]) so ist es verfehlt, Rechtsinstitute komplizierter Natur lediglich vom Standpunkt wirtschaftlicher Billigkeit aus behandeln zu wollen.[3]) Es soll deshalb im Folgenden der Versuch gemacht werden, unter Anwendung bisheriger Rechtsbegriffe festen Inhalts, das moderne Institut der fiduziarischen Rechtsgeschäfte in eine neue Form zu bringen und quasi als die Probe auf das juristische Exempel die Wirkung einer solchen Konstruktion im Konkurse zu bestimmen. Zuvor wird es indes nötig sein, der bisherigen Behandlung der fiduziarischen Geschäfte, insbesondere deren verschiedenartiger Auffassung in Theorie wie Praxis einige Beachtung zu schenken.

---

[1]) Eccius, in Gruchots Beitr. Bd. 36, 5655.

[2]) Kohler, in Iherings J. Bd. 16, 5141.

[3]) Walter: Die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Sicherungsübereignung im Lichte der Billigkeit. Juristische (!) Diss., Bonn 1912.

I. Teil.

Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte.

(Treuhändergeschäfte.)

§ 1.

Bezeichnung und Einteilung.

Das moderne fiduziarische Rechtsgeschäft wurzelt historisch auf römischem wie auf germanischem Boden. Die römischrechtliche „fiducia" hier, die deutsch-rechtliche Treuhand dort bilden die Quellen, aus denen das heutige Rechtsgeschäft fiduziarischen Inhalts zusammengeflossen ist. Auf die Entwicklungsgeschichte der beiden Rechtsinstitute einzugehen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.[1]) Heute werden in der Literatur sowohl die lateinische wie die deutsche Bezeichnung gleichermaßen angewandt, wiewohl sich die altrömische „fiducia" von der germanischen „Treuhand" wesentlich unterschied.[2]) Auch in der wahllosen Anwendung beider Namen zeigt sich die Uneinigkeit in der Behandlung dieses Rechtsgebildes.[3]) Zum Teil stammen die einzelnen Fälle des heutigen fiduziarischen Geschäfts aus deutschem, zum Teil aus römischem Recht. Anderseits wiederum finden sich hier wie dort ähnliche Anwendungsmöglichkeiten, so daß sich eine Einteilung nach historischen Prinzipien nicht empfiehlt. Vielmehr ist jenes System vorzuziehen, welches erst in letzter Zeit zur Herrschaft gelangt ist und die Interessen der bei dem fiduziarischen Geschäft jeweils Beteiligten zur Grundlage der Einteilung macht. Die bei jedem fiduziarischen Rechtsverhältnis in Betracht kommenden Personen sind der Fiduziant (Treugeber) und der Fiduziar (Treuhänder). Je nachdem bei dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck das Interesse des Fidu-

[1]) Vgl. vor allem Fischbach: Treuhänder und Treuhandgeschäfte I. Teil §§ 1—6.

[2]) Oertmann: „Die „fiducia"; Schultze in Iherings J. Bd. 43, S. 1 ff.

[3]) Regelsberger in seiner Schrift: „Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession", im ArchZivPr. Bd. 63, S. 173 ff. hat zuerst für diese Gruppe von Rechtsgeschäften den Namen „fiduziarisch" angewandt.

ziars oder das des Fiduzianten vorwiegt, kann man die Treuhandgeschäfte in solche zugunsten des Treuhänders und solche zugunsten des Treugebers scheiden. Diese Unterscheidung lehnt sich an die altrömische Trennung der „fiducia“ in eine „fiducia cum creditore“ und eine „fiducia cum amico“ an[4]) und stellt die fiduziarischen Geschäfte zu Sicherungszwecken denen zu Stellvertretungs-, Verwaltungs- und Aufbewahrungszwecken gegenüber.[5]) Für die erstere Gruppe, wo der Fiduziar selber an der Rechtsübertragung (s. u. § 2) interessiert ist, gebraucht man auch den Ausdruck „gemischt fiduziarische Geschäfte“, während im Gegensatz hierzu die lediglich im Interesse des Fiduzianten geschlossenen Verträge „reine“ fiduziarische Geschäfte genannt werden können.[6]) Ein anderer Vorschlag wiederum nennt die Geschäfte„ohne Interesse“ des Treuhänders echte, die „mit Interesse“ unechte Treuhandgeschäfte.[7]) Diese Einteilung soll als kürzeste unserer Arbeit zugrunde gelegt werden. Zur Gruppe der echten fiduziarischen Rechtsgeschäfte zählen wir also die Vollmachts- und Auftragsgeschäfte (Eigentumsübertragung, Forderungsabtretung zu Veräußerungszwecken, Zession, Indossament zum Inkasso u. dgl.), zur Gruppe der unechten dagegen die fiduziarischen Sicherungsgeschäfte (Sicherungsübereignung, Depotwechsel usw.).[8]) Auf die Einzelfälle wird im Laufe der Untersuchung ausführlich eingegangen werden.

§ 2.

Wesen und Hauptmerkmale.

Alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte haben gewisse Merkmale in Konstruktion und Wirkung gemeinsam, die ihnen eine

[4]) Gajus Inst. II, 59, 60.

[5]) Mögling: Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Tübinger Diss. 1908. S. 4.

[6]) Zu vgl. Brütt, die abstrakte Forderung S. 10.

[7]) Fischbach a. a. O. S. 132.

[8]) Ähnliche Einteilungen geben u. a.: Nathan: Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen, S. 42. Walter a. a. O. S. 100. Wendt i. ArchZivPr. Bd. 100 S. 402. Riedel: Das BGB. im Vergleich mit dem preußischen Recht S. 513 ff.

eigenartige Stellung im Rechtssystem anweisen. Alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte sind Verträge eigenen Charakters. Der Treuhandvertrag findet sich nicht unter den Vertragstypen des Obligationenrechts, von denen er sich merklich unterscheidet. Während nämlich bei den meisten Verträgen des BGB. und des HGB. die rechtliche Struktur dem wirtschaftlich erstrebten Zweck kongruent ist, bildet bei den fiduziarischen Verträgen die „Inkongruenz des juristischen Mittels und des wirtschaftlichen Zwecks" ein Charakteristikum.[1]) Dieses Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel ist das Leitmotiv, welches die gesamte, im Laufe der Jahre über dieses Rechtsinstitut entstandene, sehr umfangreiche Literatur durchzieht. Die Erscheinung der Divergenz von Mittel und Zweck, von Form und Inhalt ist übrigens nichts Außerordentliches in unserem Rechtsleben. Nur, daß im allgemeinen diese Divergenz sich derart zeigt, daß bei einem Rechtsgeschäft das gewählte Mittel den erwünschten Zweck herbeizuführen n i c h t genügt, m. a. W., daß der Rechtserfolg nicht eintritt, weil die Rechtsform mangelhaft war. Für diese Fälle gibt unser BGB. zur Vermeidung unbilliger Resultate allgemeine Vorschriften zur Auslegung und Ergänzung von Willenserklärungen. Das Prinzip von „Treu und Glauben", die Berücksichtigung der „Verkehrssitte", die Erforschung des „wahren Willens der Parteien" sind die Mittel, die der Gesetzgeber bereit hält, um den sozialen Sinn unseres Rechtes zu betonen. Bei den fiduziarischen Rechtsgeschäften handelt es sich jedoch nicht um solche Fälle, wo das gewählte Mittel den erstrebten Zweck nicht zu erreichen vermochte. Im Gegenteil wird hier zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolgs ein Mittel gewählt, das seinem rechtlichen Umfange nach über das erstrebte Ziel hinausgeht. Dabei sind sich die Parteien dieser Inkongruenz vollkommen bewußt, wenn sie auch bemüht sind, durch anderweitige Maßnahmen den formell erreichten juristischen Erfolg in seine materiell erstrebten wirtschaftlichen Grenzen zurückzudrängen. Formelle Mängel aus Billigkeitserwägungen rechtlich volle Erfolge herbeiführen zu lassen, ist

[1]) Vgl. Nathan a. a. O. S. 11.

gewiß angängig. Unmöglich ist es hingegen, einen durch rechtlich voll wirksame Mittel herbeigeführten Effekt nur aus wirtschaftlichen Billigkeitsgründen auf das gewollte Maß abzuschwächen und solchermaßen dem wirtschaftlichen Motiv eines Rechtsgeschäftes konstruktionellen Einfluß auf die juristische Seite dieses Geschäfts einzuräumen. Wirtschaftliche Konflikte lassen sich durch Billigkeitserwägungen beseitigen, juristische Probleme hingegen niemals. Daß die Divergenz zwischen Mittel und Zweck, wie die Parteien sie bei fiduziarischen Rechtsgeschäften bewußt wählen, der juristischen Beurteilung ein Problem stellt, steht außer Zweifel. Es hieße, den Wert und den Zweck der Rechtswissenschaft verkennen, wollte man dieses Problem mit unjuristischen Mitteln zu lösen versuchen. Und doch glaubt die herrschende Ansicht mangels gesetzlicher Bestimmungen nur auf dem Wege der Zwecks-(um nicht zu sagen Gefühls-)Jurisprudenz zum Ziel gelangen und die rechtlichen Schwierigkeiten der fiduziarischen Rechtsgeschäfte besonders im Konkurs eines der Beteiligten lediglich durch Billigkeitserwägungen lösen zu können. In welcher Weise die verschiedenen in der Literatur aufgetauchten und von der Rechtsprechung zum Teil aufgenommenen, zum Teil abgelehnten Konstruktionen sich aufbauen, wird weiter unten (§ 3 a) erörtert werden. Vorerst ist kurz zu untersuchen, inwiefern der eigenartige wirtschaftliche Zweck des Treuhandgeschäfts seinem juristischen Wesen den erkennbaren Stempel eines negotium sui generis aufdrückt, und wie sich der Ausgleich des plus an Rechtseffekt und des minus an wirtschaftlichem Ziel in der juristischen Struktur der fiduziarischen Geschäfte bemerkbar macht.

Am ehesten wird man dieser Eigenart der Divergenz vielleicht gerecht, wenn man die Treuhandgeschäfte mit Fischbach als „zusammengesetzte Verträge“ auffaßt.[2]) Formell und ohne Rücksicht auf die kausalen Beziehungen lassen sich nämlich im Rahmen jedes fiduziarischen Rechtsgeschäfts zwei getrennte Rechtsverhältnisse verschiedenen Inhalts feststellen. Bei den mannigfachen in der Praxis denkbaren Anwendungsfällen ist

[2]) a. a. O. S. 133.

eine einheitliche Definition, die alle Möglichkeiten umfaßt, natürlich schwer zu finden.[3]) Doch kann man die Doppelnatur als typisches Merkmal herausgreifen. Zunächst wohnt allen Treuhandgeschäften eine „Rechtsübertragung“ inne, und zwar ist es meistens das Eigentum, welches Gegenstand dieser Übertagung sein soll. Hierbei übernimmt der Fiduziant ausnahmslos die Rolle des Übereigners, der Fiduziar die des Erwerbers. Die Rechtsübertragung nun ist das Mittel, das in seinen Wirkungen über den eigentlich angestrebten Zweck herausgeht. Der Zweck selbst ist aus der Übertragung nicht zu entnehmen, die eben als eine „aus der typischen Zwecksatzung herausfallende Verwertung der Rechtsformen“ angesehen werden muß.[4]) Der Zweck der fiduziarischen Geschäfte ergibt sich vielmehr aus einem zweiten Vertrag, der sog. „Fiduciaklausel“,[5]) durch welche der Überschuß an Rechtserfolg, der durch die Rechtsübertragung zustande kam, wieder beseitigt werden soll. Dies kann juristisch auf sehr verschiedenen Wegen erreicht werden. Die Gewähr dafür, daß der Ausgleich auch wirklich herbeigeführt werde, bildet bei allen fiduziarischen Verhältnissen das Vertrauen des Fiduzianten in den Fiduziar. Das auf Vertrauen (fiducia) gegründete Rechtsverhältnis gab deshalb auch den betreffenden Geschäften den Namen der „fiduziarischen“; in gleicher Weise wie die deutschen Namen „Treuhand“ und „Treuhänder“ auf ein Treuverhältnis zwischen den Parteien anspielen. Rechtsübertragung einerseits, Fiduciaklausel andrerseits, sind somit allen Treuhandgeschäften essentiell. Wie man das Wesen dieser beiden Essentialia auffaßt, wie man insbesondere ihr Verhältnis zu einander betrachtet und welche Wirkung man ihnen im Konkurse des Fiduziars oder des Fiduzianten beimißt, soll nunmehr an Hand der Theorie wie der Praxis gezeigt werden.

---

[3]) Stauffacher: Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Fiduziars. Leipziger Diss. 1909, S. 2. Wienstein, Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 241. Jäger K.O. § 43, Anm. 18.

[4]) Kriegsmann: Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung S. 43.

[5]) diesen Ausdruck gebraucht Mögling a. a. O. S. 4.

§ 3.

Die bisherige Behandlung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurs.

a) In der Theorie:

Wie bereits erwähnt, sind alle Theorien, die über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts entstanden sind, auf die Beantwortung jener Frage zugeschnitten, die im Thema unserer Arbeit enthalten ist, nämlich der Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Treuhänders. Mit Recht weisen die meisten Schriftsteller darauf hin, daß nach § 43 der KO. die Aussonderungsfähigkeit eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen regele, und es deshalb ein Postulat der Logik sei, erst das Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte zu ergründen, insbesondere ihre dingliche Seite scharf zu umgrenzen, ehe man der Beurteilung ihrer Wirkungen im Konkurs eines der Kontrahenten irgendwie näher trete. Die Hauptfrage ist und bleibt demnach die nach der dinglichen Natur des Treuhandvertrags. Ist man sich erst darüber klar, ob und wie eine fiduziarische Vereinbarung sich dinglich äußert, so bietet der Konkurs nur eine willkommene Gelegenheit, die letzte Konsequenz aus der gefundenen Lösung zu ziehen: Der Konkurs ist der Prüfstein der Dinglichkeit.[1])

Nach dem Muster Weinbergers[2]) können wir zwischen Anhängern und Gegnern der Aussonderung unterscheiden. Diejenigen wiederum, welche zur Bejahung der Aussonderungsfrage gelangen, begründen diese ihre Ansicht auf zwei voneinander verschiedene Arten.[3])

---

[1]) Pflüger im ArchZivPr. Bd. 79, S. 424, III.

[2]) In Hirths Ann. 1902 S. 401 ff.; woselbst auch die ältere Literatur erschöpfend zusammengestellt ist.

[3]) Vgl. Fischbach a. a. O. S. 170, der in Anlehnung an Brütt den hier verfolgten Weg der Einteilung weist.

Die eigentliche herrschende Ansicht[4]) stützt sich auf die Theorie vom sogenannten relativen Eigentum. Die Rechts- i. e. Eigentumsübertragung des Treugebers auf den Treuhänder äußert sich nur Dritten gegenüber wie jede andere Vollübertragung; zwischen den Parteien hingegen findet überhaupt keine Verfügung über ein Recht statt; mit anderen Worten: die Fiduciaklausel beschränkt die Wirksamkeit der fiduziarischen Übereignung auf das Verhältnis des Fiduziars gegen Dritte. Im Innenverhältnis hemmt das Vertrauensband die Verschiebung von Rechten so vollständig, daß der Treugeber gegenüber dem Treuhänder Eigentümer bleibt. Ersterer hat deshalb im Konkurs des Treuhänders auch ein Aussonderungsrecht.

Zur Kritik dieser Theorie ist folgendes zu vermerken: Erstens wird hier die Fiduciaklausel mit der Traditio dadurch vermengt, daß der Zweck des fiduziarischen Geschäfts in die abstrakte Eigentumsübertragung hineingezogen wird. Ferner wird einer obligatorischen Verabredung — denn eine solche muß die Fiduciaklausel offenbar stets sein — dingliche Wirkung beigelegt und so die Grenze zwischen dinglicher und obligatorischer Seite des Treuhandgeschäfts verwischt.[5]) Bekanntlich wirken die Eigentumsübertragung und die Forderungszession oder Indossierung eines Wechsels rein abstrakt. Für die Frage der Gültigkeit solcher abstrakter Übertragungen muß es ergo gleichgültig sein, ob im Innenverhältnis eine obligatorische Bindung der Parteien besteht, die den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts ausdrücken soll. Desungeachtet glaubt die herrschende Ansicht — wie bereits oben (§ 2) gesagt wurde — den wirtschaftlichen Motiven der Parteien einen so weitgehenden Einfluß auf die Konstruktion der gewollten Übertragung einräumen zu dürfen, daß sie eine ganz neue Art der Eigentums-

---

[4]) Ihre Hauptvertreter sind: Jäger, KO. § 43 Anm. 45 ff.; Kisch, Vorlesg. über Konkursrecht § 47, IX; Wilmowski § 43, 5; Schmidt, in ZZP. 9, S. 547; Petersen-Kleinfeller S. 432; Dernburg, Pandekten Bd. 1, S. 232; Regelsberger Bd. I, 519; Crome, System des bürgerl. R. Bd. 1, S. 334; Riedel a. a. O. 513 ff.; neuerdings Stauffacher a. a. O.

[5]) Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft, Rostocker Diss., 1901, S. 27.

übertragung schafft. Bisher war dem Eigentumsrecht der Charakter des „umfassendsten Herrschaftsrechts an einer Sache[6]) nie abgesprochen worden. Gleichsam wie Vergehen gegen das Eigentum seit alter Zeit durch strafrechtliche Maßnahmen geahndet zu werden pflegten, so galt auch den Juristen der Begriff des zivilrechtlichen „Eigentums“ als unantastbar. So zählte auch die „Elastizität des Eigentums“ mit zu den ältesten und berühmtesten Merkmalen dieses Rechts, mit zu den Grundbegriffen der Rechtswissenschaft überhaupt. Wenn auch das Gesetz die verschiedensten Beschränkungen dieses Vollrechts kennt, stets ist seinem Wesen nach das Eigentum unbeschränkt und vor allem ungeteilt geblieben.[7]) Der Begriff eines geteilten Eigentums ist dem B.G.B. fremd und die mannigfachen Versuche, unter Heranziehung „analoger“ Erscheinungen unseres Rechts „relatives“ Eigentum neben absolutem zu konstruieren, werden niemals über die Unhaltbarkeit jener Theorie hinwegtäuschen, welche sich mit Gründen, die vielleicht der Billigkeit, nicht aber der Rechtsanschauung entsprechen, „über das Gesetz hinwegsetzt“.[8])

Abzulehnen ist vor allem der Versuch, die Lehre vom relativen Eigentum und ihren Folgen im Konkurs des Fiduziars auf den für das relative Veräußerungsverbot normierten Bestimmungen der §§ 135, 136 B.G.B. aufzubauen.[9]) Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf die Wirksamkeit fiduziarischer Übereignungen verbietet sich schon aus dem Grunde, weil es sich beim relativen Eigentum des Treuhänders um rechtsgeschäftliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis handelt, die bekanntlich (§ 137) nur obligatorisch, niemals jedoch dinglich wirkt. Selbst wenn man aber die §§ 135, 136 B.G.B. auf

---

[6]) Enneccerus-Wolff-Kipp. 2, 129.

[7]) Biermann, Sachenrecht 2. Aufl. S. 99; Endemann 2. 8./9. Aufl. S. 433; Gierke, DPrR. 2, 251; Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum, u. a. m.

[8]) Hiergegen wendet sich besonders: Lilienthal in DJZ. 02, S. 545, vgl. auch die dort zitierte Literatur; ihn bekämpft Cahn, DJZ. 03, 125.

[9]) Jäger, KO. § 43 Anm. 18; Kohler, Leitfaden S. 118; Fitting, Reichskonkursrecht § 22 Nr. 35 a. E.; gegen diese Konstruktion vor allem Heilbrunn in Holdheims MSchr. 1906 S. 89.

den durch fiduziarische Übertragungen geschaffenen Zustand anwenden wollte, so würde dies im Fall des Treuhänderkonkurses dem Treugeber gar nichts nützen. Man übersieht anscheinend, daß ungeachtet einer solchen relativen Eigentumswirkung der Konkursverwalter das Recht hätte, fiduziarisch übereignete Werte zur Masse zu ziehen und zu versilbern, ohne daß der Fiduziant dem widersprechen könnte. Jägers Argument, daß der Konkursverwalter die Rechte des Fiduziars-Gemeinschuldners nur so ausüben könne, wie dieser selbst außerhalb des Konkurses sie hätte ausüben können,[10]) wird durch § 13 K.O. widerlegt. Kraft dieser besonderen konkursrechtlichen Bestimmung ist ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 B.G.B. bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; d. h. der Konkursverwalter kann die dem Verbot unterliegenden Objekte dennoch zur Masse ziehen und verwerten. Will man also die Wirkungen des relativen Eigentums nach Analogie der §§ 135, 136 B.G.B. erklären, dann muß man notwendig auch den § 13 KO. analog anwenden, in dem auf die genannten Bestimmungen des B.G.B. Bezug genommen wird; mit anderen Worten: man muß für den Konkurs logischerweise zu einer Unwirksamkeit der Unwirksamkeit der fiduziarischen Übereignung im Innenverhältnis, d. h. zur absoluten Wirksamkeit der Übertragung des Eigentums an den Fiduziar gelangen.[11]) Wir sehen also, daß die Theorie vom relativen Eigentum den von ihren Anhängern erstrebten Zweck der Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte zu erfüllen gar nicht in der Lage ist.

Von manchen Schriftstellern[12]) wird diese Theorie mehr wirtschaftlich begründet, indem an Stelle der Teilung des Eigentums eine Scheidung der Begriffe „Eigentum“ und „Vermögen“ versucht wird und zwar geht nach dieser Ansicht das fiduziarisch

---

[10]) Vgl. Jäger a. a. O.

[11]) Derselbe KO. § 13 Anm. 3; Hellmann, Lehrbuch d. deutschen Konkursrechts 1907, S. 158, führt andere Gründe gegen Jägers Argumente ins Feld, die jedoch m. E. nicht durchschlagen, vgl. auch Nathan a. a. O. S. 63, Anm. 12.

[12]) Vor allem Dernburg, Pand. Bd. 1, S. 232.

übertragene Objekt in das „Eigentum", nicht aber in das „Vermögen" des Fiduziars über. Was aber nicht zum Vermögen des Kridars gehört, fällt nach § 1 K.O. auch nicht in die Masse. Vielmehr erhält derjenige daran ein Aussonderungsrecht, in dessen Vermögen der Gegenstand verblieben ist, nämlich der Fiduziant.[13]) Durch die Gegenüberstellung der Begriffe Eigentum und Vermögen ist juristisch indes nichts erreicht: die Väter der Theorie des geteilten Eigentums geben lediglich dem Kinde einen anderen Namen. Denn wenn zwar, was im Vermögen eines Menschen steht, durchaus nicht sein Eigentum zu sein braucht (es gibt auch andere Vermögensrechte als das Eigentum), so muß doch notwendigerweise alles, was im Eigentum eines Menschen steht, zu dessen Vermögen gehören.[14]) Die Eigentumsübertragung bringt unweigerlich auch eine Vermögensverschiebung mit sich.

Beachtenswert ist der Versuch, unter Heranziehung des Kommissionsverhältnisses gemäß § 392 HGB., die Möglichkeit eines doppelten Eigentums bei Treuhandverträgen zu erklären.[15]) Bei der in der Praxis häufigen Sicherungsübereignung von Warenlagern wird dieser Behelf oft zur Beseitigung gewisser, hier nicht näher zu besprechender Verwicklungen im Eigentumsübergang benutzt. Doch vermag auch der Hinweis auf die Beziehungen des Kommittenten zum Kommissionär die juristischen Zweifel betreffs der Teilung des Eigentums nicht zu zerstören. Höniger[16]) hat treffend hervorgehoben, daß der Kommissionär in fremdem Interesse und für fremde Rechnung handle, eine analoge Anwendung seiner Stellung zu Dritten auf die entsprechenden Beziehungen des Fiduziars nach außen also schon deswegen abzulehnen sei, weil der Fiduziar — wenigstens bei den unechten Treuhandgeschäften — im eigenen Interesse und für eigene Rechnung handle.

---

[13]) Vgl. Mögling a. a. O. S. 86.

[14]) Richtig: Hellmann a. a. O. S. 156.

[15]) Düringer, LZ. 08, 106; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB., 2. Aufl. 2, S. 710.

[16]) Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, DNotV. 1911, S. 190 ff.; ähnl. Fischbach a. a. O. S. 171 ff. gegen Brütt.

Die zweite Gruppe derjenigen, die eine Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Treuhänders annehmen, steht auf dem Boden der sog. Legitimationstheorie, als deren eigentlicher Begründer Staub gilt.[17]) Nachdem das fiduziarische Rechtsgeschäft sich einmal im modernen Verkehr behauptet hatte und insbesondere der anfangs oft gegen seine Gültigkeit erhobene Einwand der Simulation, von dem an anderer Stelle die Rede sein wird, verstummt war, tauchte diese Theorie zuerst auf, welche die dingliche Wirkung fiduziarischer Übertragungen überhaupt anzweifelt. Einer der häufigsten Fälle der fiduziarischen Übertragung: das Vollindossament zu Inkassozwecken gab den Ausgangspunkt hierfür. Man konnte sich nicht mit der Tatsache abfinden, daß ein Vollindossament gewöhnlicher Natur, beispielsweise zur Diskontierung eines Wechsels, sich seinen Wirkungen nach in nichts von einem zu fiduziarischen Zwecken erteilten Giro, sei es zur Einkassierung, sei es zur Sicherung (Depotwechsel) unterscheiden solle. So suchte man denn einen Unterschied, der in Wirklichkeit gar nicht besteht, künstlich zu bilden, indem man die fiduziarische Indossierung und analog jede andere fiduziarische Verfügung nur als „Erteilung einer Vollmacht im Gewande des Eigenrechts (!)“ ansah.[18]) Auch diese Theorie begeht in der Absicht, zu wirtschaftlich billigen Ergebnissen zu gelangen, denselben juristischen Fehler, in den die Theorie des relativen Eigentums verfallen ist. Sie entzieht dem abstrakten Rechtsgeschäft der Traditio die dingliche Wirkung durch eine Beeinflussung derselben seitens der nur obligatorisch wirkenden Fiduciaklausel. Durch die Berücksichtigung des Zwecks (z. B. des Inkassoauftrags) soll die überschießende Rechtsmacht der Übereignung auf das angestrebte wirtschaftliche Maß herabgesetzt werden.[19]) Allerdings soll dies wirtschaftlich geschehen! Damit ist aber doch noch nicht erwiesen, daß der fiduziarische Zweck des Geschäfts dies auch

---

[17]) Komm. zur allg. deutschen W. O. Art. 17, S. 67; Schöninger in ArchZivPr. Bd. 96, S. 181; Wieland, Der Wechsel, S. 303, auch Weinberger in Hirths Ann. 02., S. 406.

[18]) Schöninger a. a. O.

[19]) Mögling a. a. O. S. 27.

rechtlich zustande bringen kann. Und in der Tat: Er kann es nicht! Wenn dieser Zweck — wie wir oben sahen — die volle dingliche Wirkung der Tradition nicht einmal zum Teil zu verhindern in der Lage war, wie sollte er dann wohl ihr Zustandekommen ganz hintanhalten und solchermaßen eine Aussonderung des betreffenden Objekts im Konkurs des Fiduziars herbeiführen können? Wenn, so muß man weiter fragen, die Verfechter der Legitimationstheorie von der ganzen Wirkung der fiduziarischen Übertragung nichts weiter als die formelle Legitimation des Fiduziars zur Geltendmachung des Rechts übrig lassen wollen, worin bestände wohl dann noch der Unterschied zwischen Vollmacht und echtem fiduziarischen Rechtsgeschäft? Schöninger selbst betont,[20]) daß zu allen dinglichen Veräußerungsverträgen notwendig der Begriff der causa als des rechtlichen Grundes der Veräußerung gehöre, die Wirkung der dinglichen Verträge aber von diesem Kausalverhältnis ganz unabhängig sei. Und dennoch macht er die dingliche Wirkung der fiduziarischen Veräußerung abhängig von einer causa — denn eine solche ist die Fiduciaklausel, wie wir noch sehen werden, stets — und zwar in solchem Maße abhängig, daß er die ganze (fast wäre man versucht zu sagen: „schöne") dingliche Wirkung der traditio durch die causa glatt beseitigt haben und nur noch das Gerippe leerer Legitimation bestehen lassen möchte. Eine solche Theorie muß einfach zu einer Umwälzung der Grundbegriffe unseres Rechts führen, wenigstens insoweit sie auf die Übertragung des Eigentums an körperlichen Sachen angewandt sein will. Soweit es sich allerdings um Übertragung von Gläubigerrechten wie bei der Zession und insbesondere beim Indossament handelt, ist es ja bekanntlich überhaupt strittig, ob hier volle Rechte oder nur Legitimationsmacht übertragen werden.[21]) Wir stellen uns mit der herrschenden Ansicht auf den Standpunkt, daß beim gewöhnlichen Vollindossament unbeschränkte Gläubigerrechte an der indossierten Forderung mit dem Eigentum am Papier auf den Indossatar übergehen und diesem die Stellung des Voll-

---

[20]) a. a. O. S. 165.

[21]) Vgl. darüber Mögling a. a. O. S. 54, 67 ff. und die dort zitierte Spezialliteratur.

eigentümers des Wechsels einräumen.[22]) Dem fiduziarischen Indossament jedoch andere Wirkungen beizumessen, als dem nichtfiduziarischen, geht ebensowenig an, als das fiduziarische Eigentum mit anderen Rechtsfolgen wie das gewöhnliche auszustatten. Wenn die Parteien nur eine formelle Ermächtigung zur Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte erteilen wollen, so gibt ihnen das Gesetz in der Vollmacht ein ausreichendes Mittel. Beim fiduziarischen Geschäft wollen aber die Parteien viel mehr als nur eine Vollmacht übertragen, sie wollen ein Vollrecht übertragen. Abgesehen von der Unmöglichkeit der Beeinflussung dinglicher Rechtswirkungen durch obligatorische Verpflichtungen muß also die Legitimationstheorie auch deshalb abgelehnt werden, weil sie — konsequent durchgeführt — gar nicht zu dem von den Kontrahenten gewollten Rechtserfolg führen könnte, der zwar über den wirtschaftlich gewollten hinausgeht, jedoch den Absichten der Parteien immer noch eher gerecht wird, als eine bloße Vollmachtserteilung.[23]) Auch versteckt sich unter der fiduziarischen Übertagung (speziell von Forderungen oder Wechseln) nicht unbedingt eine Ermächtigung zur Geltendmachung im eigenen Namen für fremde Rechnung;[24]) jedenfalls wäre eine solche Wirkung, wenn auch nicht so schwach wie die bloße Vollmacht, so doch schwächer als die fiduziarische Vollübertragung, weshalb auch mit dieser Konstruktion wenig gewonnen wäre.[25])

Weiterhin kann nach der Theorie Kohlers Erwähnung getan werden.[26]) Kohler nimmt ein Aussonderungsrecht fiduziarisch übertragener Werte im Treuhänderkonkurse auf Grund einer rei vindicatio utilis an. Da sich aber für eine solche utilizische Aussonderung in unserem modernen Recht keine Grundlage findet, nimmt Kohler selbst seine Zuflucht zu allgemein rechtspolitischen Gründen, indem er von einem „Postulat der Gerechtigkeit“ spricht. Hiermit gibt er selbst zu, daß seine

[22]) Vgl. Goltz a. a. O. S. 81.

[23]) So auch Fischbach a. a. O. S. 170.

[24]) Enneccerus-Wolff, Lehrb. 2, S. 210.

[25]) Fischbach S. 249.

[26]) Iherings J. 16, 347, Lehrb. d. B. R. 2, 14, Lehrb. d. Konk. R., S. 117.

Theorie de lege lata auf recht schwachen Füßen steht. In ähnlichem Sinne äußert sich Dungs,[27]) für den die Gläubigerschaft für fremde Rechnung darin besteht, daß die Forderung substantiell demjenigen gehört, dessen Zwecken zu dienen sie bestimmt ist, d. h. dem Geschäftsherrn, woraus ein quasi dinglicher Anspruch desselben gegen den Gläubiger für fremde Rechnung abgeleitet wird. Wenn auch zugegeben werden kann, daß das Recht etwas zu fordern immer noch besser in eine „innere und äußere Seite" geteilt werden kann, als das Eigentumsrecht, so läßt sich dennoch auch auf diesem Wege nichts erreichen. Vielmehr kämen wir auch hier wiederum darauf zurück, daß dem Fiduziantgläubiger die Stellung eines Stellvertreters und seinem Vollrecht die schwächere Form der Vollmacht zugewiesen würde, eine Deutung, die dem Wesen des Fiduziavertrags durchaus nicht entspricht. Auf die Ansicht Schollmeyers,[28]) der merkwürdigerweise mit einer mehr wie unzulänglichen Begründung zu dem später von uns zu findenden Ergebnis gelangt, wird an anderer Stelle näher eingegangen werden (vgl. unten § 7, 1a).

Nicht unerwähnt möge Schultzes[29]) geistvolle Argumentierung bleiben, der sein Hauptaugenmerk bei der Stellung des Fiduziars auf die Unterscheidung zwischen der Stellung des Gläubigers als solchen und auf die als Inhabers des Treuhandobjekts, speziell bei Wechseln und anderen Forderungsrechten richten zu müssen glaubt. Die Einigung über den Eigentumsübergang ist bei den Fiduziaverträgen ausschlaggebend für die eigenartige Rechtsstellung des Fiduziars. Um die mit der Übertragung des Vollrechts auf den Fiduziar für den Fiduzianten entstehenden Gefahren zu beseitigen, legt Schultze der Hand in Hand mit der Verschiebung der Gläubigerlegitimation erfolgten Eigentumsveränderung z. B. am Wechsel einen Resolutiveffekt bei, indem er in die Einigung die auflösende Bedingung aufnimmt, daß mit Erlöschen des Inkassomandats auch der Eigentumsübergang rückgängig gemacht werden soll. Wir werden Gelegen-

---

[27]) Gruchots Beitr. Bd. 32, S. 19.
[28]) Recht der Schuldverh. S. 362.
[29]) Iherings J. 43, 45.

heit haben, an anderer Stelle auf diesen beachtenswerten Versuch, das Problem der fiduziarischen Verträge zu lösen, zurückzukommen (vgl. unten § 5). Des weiteren nimmt auch Heymann[30]) eine der Stellvertretung ähnliche Stellung des Fiduziars an. Überhaupt suchen die meisten Anhänger der Aussonderungstheorie von der Seite der geteilten Gläubigerschaft her und zwar meist im Rahmen der fiduziarischen Zession oder des Vollindossaments zu Inkassozwecken dem Fiduziavertrage beizukommen. Könnte nicht schon hierin ein Beweis dafür erblickt werden, daß den Verfechtern der Teilung des Eigentums nach innen und nach außen vor ihrem eigenen Mut im Grunde bange ist, und die meisten Vertreter der herrschenden Ansicht schließlich doch den vollkommenen Übergang des Eigentums vom Fiduzianten auf den Fiduziar zugeben? Um so seltsamer muß es berühren, wenn so viele Schriftsteller trotzdem zu einer Aussonderungsmöglichkeit des Treugutes gelangen und sich hierdurch selbst ad absurdum führen.

b) In der Praxis.

Für den Widerstreit der Theorien liefert die Rechtsprechung unserer oberen Gerichte, insbesondere die des RG. ein getreues Abbild. Entgegen den vielen unter der Herrschaft des gemeinen Rechts versuchten Angriffen auf Wirksamkeit und Verwertbarkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte überhaupt, insbesondere in den Fällen der Sicherungsübereignung[1]), hat das RG. zwar in kontinuierlicher Judicatur den Einwand der Simulation, den man gegen die fiduziarischen Geschäfte erheben zu können glaubte, entkräftet.[2]) Trotzdem ähnliche Einwände auch heute noch vereinzelt aufrecht erhalten werden,[3]) hat das RG. seine

[30]) Trustee und Trustee-Company S. 523 ff.

[1]) Z. B. Kohler in Iherings J. 16, S. 151/52.

[2]) RGZ. Bd. 26, 181; Bd. 57, 175; für die Fälle der Sekuritätszession: Bd. 24, 45, 161; Bd. 30, 273; Bd. 53, 417; Bd. 59, 191.

[3]) So z. B. Caspari, Sicherungsübereignung u. Sicherungszession nach gem. Recht und nach BGB. Rostocker Diss. 1903; Wilutzky in DJZ. 1901, S. 20 ff. und in JW. 1901, S. 710 ff. Wienstein im „Recht" 1906, S. 172.

bisherige Ansicht anerkennenswerterweise nicht geändert und in zahlreichen Fällen die fiduziarische Übertragung, insbesondere die zur Sicherung von Forderungen als eine dem modernen Rechte notwendige und seinen Grundsätzen nicht widersprechende Einrichtung anerkannt. Nur dann, wenn in der Treuhandübereignung ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, hat die neuere Rechtsprechung solche Verträge, in erster Linie Sicherungsübereignungen von Warenlagern mit wechselndem Bestand, für nichtig erklärt.[4])

Bezüglich der Konstruktion der fiduziarischen Rechtsgeschäfte, vornehmlich der dinglichen Wirkungen der Übertragung, kann man jedoch der Rechtsprechung unseres obersten Gerichtshofes das Lob konsequenter Stellungnahme nicht wohl spenden. Einmal vertritt es den Standpunkt der relativen Eigentums- oder Legitimationstheorie, ein anderes Mal wieder spricht es vom absolut wirkenden Charakter jeder abstrakten fiduziarischen Rechtsübertragung. So sagt es in einer Entscheidung (JW. Jahrg. 1902 S. 318 Nr. 38), „daß die Annahme rechtsirrtümlich erscheine, daß der Vertrag nur nach außen, nicht aber nach innen im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien den Eigentumsübergang bewirke". In ähnlichem Sinne lautet die Entscheidung JW. 1903 S. 63 Nr. 2, woselbst es heißt: „In rein materiellem Sinne mag das mit fiduziarischen Verbindlichkeiten erworbene Eigentumsrecht als beschränkt erscheinen; rechtlich ist es unbeschränkt und neben dasselbe tritt als selbständige obligatorische Verbindlichkeit die durch einen besonderen Vertrag geschaffene Verbindlichkeit des Eigentümers, die Sache als ein ihm anvertrautes Gut in Händen zu haben."[5])

In anderen Fällen wieder nimmt das RG. die Lehre vom relativen Eigentum in der Art auf, daß es dem „formellen" ein „materielles" Eigentum gegenüberstellt und so zu jener von uns bereits in der Theorie abgelehnten Spaltung des Eigentums-

---

[4]) Vgl. RGZ. Bd. 67, 160; ferner RG. bei Warneyer Bd. 5, S. 170; Gruchots Beitr. 54, 167; JW. 1911 S. 576 Nr. 10; vgl. auch LZ. 1912 S. 202; JW. 1912 S. 457.

[5]) Vgl. auch JW. 1900 S. 163 Nr. 32 und S. 670 Nr. 32. JW. 1911 S. 181, 5. RGZ. Bd. 73, S. 141.

begriffes gelangt,[6]) auf welche die herrschende Ansicht, die Aussonderungsfähigkeit fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Treuhänders stützt. Auch für die Legitimationstheorie[7]) sowie für eine dem Kommissionsverhältnis ähnliche Konstruktion der fiduziarischen Verträge[8]) — vgl. oben § 3 a — hat sich das RG. schon ausgesprochen, um eine Aussonderung bejahen zu können.

In neuester Zeit scheint die Rechtsprechung allerdings einer Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte sich mehr und mehr zuzuneigen,[9]) während die Wissenschaft nach wie vor eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Vertretern der Gegenansicht aufweist.[10]) Um so mehr macht sich das Fehlen jeder positiven Gesetzesbestimmung in unserem deutschen Recht bemerkbar. Zwar läßt sich die Gesetzgebungsgeschichte der Reichskonkursordnung bis zu einem gewissen Grade zugunsten der die Aussonderung bejahenden Theorien verwerten. Bei den Beratungen der Reichstagskommission 1875/76 war nämlich die einschlägige Frage für den speziellen Fall des Vollgiros zu Inkassozwecken erörtert worden.[11]) Es wurde zu Protokoll genommen, daß nach § 35 (§ 43 neuer Fassung) der KO. die Zurückforderung von Wechseln und anderen Handelspapieren, die mit Vollgiro zu Inkassozwecken übertragen worden waren, nicht ausgeschlossen sei. Hieraus argumentiert die herrschende Meinung, daß eine Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Treuhänders der Absicht des Gesetzgebers entspreche. Hiergegen ist vor allem einzuwenden, daß solche Argumente vielleicht für den Fall der Inkassovollindossamente, nicht aber ohne weiteres für alle anderen fiduziarischen Geschäfte zugunsten der Aussonderungstheorie sprechen; denn während bei den echten fiduzarischen Geschäften, zu denen auch das Inkassogiro gehört,

---

[6]) Z. B. Bd. 19, S. 59, insbes. Bd. 45 S. 79 ff.

[7]) Bd. 39, S. 166; Bd. 37, S. 107.

[8]) SeuffA. Bd. 46 Nr. 91.

[9]) RGZ. Bd. 79, 122; 62, 198; RG. im Recht 1912 Nr. 1551. OLG. Braunschweig dortselbst Nr. 1953. Entsch. d. OLG. 26, 44.

[10]) Vgl. unten § 4 Anm. 1.

[11]) Prot. d. I. Kommission bei Hahn, Materialien z. K. O. S. 541, 619; vgl. auch Fuß, Vollgiro zu Inkassozwecken, Kieler-Diss. S. 92 ff.

das Interesse des Fiduzianten vorwiegt, handelt es sich bei den unechten Treuhandverträgen um die vorwiegende Wahrung der Interessen des Fiduziars, für welche ganz andere Gesichtspunkte maßgebend sind.[12]) Ähnliche Bestimmungen haben allerdings für die Aussonderung von Handelspapieren in ausländischen Gesetzen positive Aufnahme gefunden;[13]) dies ist jedoch für unser deutsches Recht nicht maßgebend; vor allem darf man weder die Treuhänderinstitute des englischen (trustee),[14]) noch die des französischen Rechts (prête-nom)[15]) zur analogen Behandlung deutschrechtlicher Treuhandverhältnisse heranziehen; denn in den genannten Rechten herrschen bezüglich des Eigentums, besonders hinsichtlich der Trennung von dinglichen und obligatorischen Rechten andere Grundsätze wie in unserem modernen deutschen Recht.

§ 4.

Die Unzulässigkeit der Aussonderung.

Im Vorstehenden wurde versucht, einen Überblick über die herrschenden Ansichten in Theorie und Praxis zu geben, und die sich aus diesen Ansichten entwickelnden juristischen Schwierigkeiten kritisch zu beleuchten. Daß die Mehrheit der Schriftsteller und die ganze Rechtsprechung auf dem Boden der Zulässigkeit einer Aussonderung stehen, soll uns nicht hindern, auch die Gegner der Aussonderung, denen sich der Verfasser dieser Arbeit anschließen zu dürfen glaubt, zu Worte kommen

---

[12]) So auch Nathan a. a. O. S. 60.

[13]) Zu vgl.:
Frankreich: code de commerce art. 583.
Belgien: Fallimentsgesetz art. 566.
Spanien: HGB. art. 1114 Nr. 5.
Italien: HGB. art. 802.
Schweiz: Bundes-G. über Schuldbetr. und Konkurs v. 11. 4. 89, Art. 201, worauf insbesondere Stauffacher a. a. O. S. 90 hinweist.

[14]) Eine ausführliche Behandlung findet sich bei Fischbach a. a. O. S. 60 ff.

[15]) Desgl. S. 89 ff.

zu lassen. Es sind deren nicht wenige[1]) und besonders in neuerer Zeit mehren sich die Stimmen derer, welche, zum Teil mit großer Schärfe, die relative Eigentums- und Legitimationstheorie bekämpfen.[2]) Ohne sich von Billigkeitserwägungen und Motiven wirtschaftlicher Natur leiten zu lassen, ziehen die Gegner der Aussonderung aus dem Wesen des Eigentums als eines unteilbaren Rechtsbegriffs ihre logischen Konsequenzen. Eigentum ist und bleibt Eigentum und fiduziarische Übereignungen müssen deshalb die gleichen dinglichen Wirkungen hervorbringen, wie gewöhnliche, nicht fiduziarische. Was für Rechte auch immer Gegenstand fiduziarischer Übertragung sein mögen, stets müssen sie im selben Umfang auf den Fiduziar übergehen, in dem jeder andere Rechtsübergang ohne Fiduziaklausel sich vollzieht.

Deshalb müssen sich auch im Konkurs des Fiduziars bezüglich der Dinglichkeitswirkung der übertragenen Objekte dieselben Rechtssituationen ergeben, wie sie sich hinsichtlich aller anderen ins Vermögen des Gemeinschuldners übergangenen Werte ergeben müssen. Zwar können obligatorische Rückforderungsrechte des Treugebers entstehen: Eine Aussonderungsfähigkeit fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Treuhänders ist aber nicht anzuerkennen.

So argumentieren die meisten Gegner der Aussonderung, und es ist dieser Argumentation bis hierhin auch von unserem Standpunkt aus beizupflichten. Nun schließen aber die meisten

---

[1]) Die ältere Literatur bei: Weinberger a. a. O. S. 416 ff.; ferner Grünhut, Wechselrecht Bd. 2 S. 144 Nr. 5; v. Lang im ArchZivPr. Bd. 83 S. 336 ff.; Seuffert, Konkursprozeßrecht § 16 Note 10; Werthauer in Grünhuts Z. Bd. 13 S. 658; Crome Bürg. R. Bd. I S. 334 Anm. 6, Bd. 3 S. 805 Anm. 31, S. 815 Anm. 10; Endemann K. O. § 17 Anm. 2; Kriegsmann, der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung S. 78; Schöninger a. a. O. S. 163 ff.; Planck BGB. Bd. 3 § 930 Nr. 4; Lilienthal DJZ. Bd. 7 S. 545.

[2]) Zu nennen sind vor allem die Monographien von: Goltz a. a. O. S. 85; Mögling a. a. O. S. 83; Walter a. a. O. S. 106; Nathan a. a. O. S. 58; ferner Bonenkamp: fid. Sicherungsübereignung beweglicher Sachen S. 53. — Bonnet: die Sicherungsübereignung insbes. von Warenlagern S. 14, 15. — Fischer: die Sicherungsübereignung S. 80. — Wiesing: das Aussonderungsrecht im Konkurs S. 22. — Hallbauer, im „Recht" 05, S. 636.

Vertreter dieser Theorie wie folgt weiter: „Da der Fiduziant im Konkurs des Fiduziars kein Aussonderungsrecht hat, steht er also bezüglich seiner Forderungen auf Rückgabe der übertragenen Objekte, die ja nur obligatorischen Inhalts sind, allen anderen Konkursgläubigern gleich, d. h. seine Forderungen sind nichts weiter als gewöhnliche Konkursforderungen und er erhält somit nur die Dividende aus seinem dem Wert der Sachen entsprechenden Geldinteresse.“ „Ein höchst unbilliges Ergebnis!“ wenden die Anhänger der Aussonderung ausnahmslos ein. In der Tat wird sogar von manchen Gegnern der Aussonderung zugegeben daß dieses Resultat wirtschaftlich ebenso unbillig, als die Ablehnung der Aussonderung juristisch konsequent sei.[3]) Daß die Ablehnung der Aussonderung ein Postulat juristischer Konsequenz ist, geben auch wir — wie gesagt — unumwunden zu. Nicht aber anerkennen wir die Richtigkeit der von den Anhängern der Aussonderungstheorie und auch von einigen Gegnern derselben geteilten Ansicht, daß die Ablehnung der Aussonderung ohne weiteres zur Einreihung des Fiduzianten in die Zahl der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger führen müsse. Dies ist u. E. ein voreiliger Schluß, dem nicht nachdrücklich genug entgegengetreten werden kann.

Es erhebt sich also die Frage, welche Ergebnisse denn eigentlich der Theorie der Ablehnung einer Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte entspringen, wenn nicht die obenerwähnten, die offenbar unbillig sind? Diese Frage zu beantworten, wird die notwendige Folge der Ablehnung einer Aussonderung und die wichtigste Aufgabe dieser Arbeit zugleich sein.

§ 5.

Die Ansicht des Verfassers.

Es ist in § 2 dieser Arbeit bereits darauf verwiesen worden, daß jedes fiduziarische Geschäft sich aus zwei getrennten Verträgen zusammensetzt: der traditio einerseits, der fiducia andererseits. Wir sind ferner zu der Erkenntnis gelangt, daß die

[3]) Z. B. Leist: Die Sicherung von Forderungen S. 81, 82. — Werthauer a. a. O. S. 82.

traditio stets dingliche Wirkungen zeitigt, die fiducia hingegen nur obligatorische Rechte zu erzeugen vermag. Welchen Inhalts nun diese Rechte eigentlich sind, das hängt einzig und allein von der Art des betreffenden fiduziarischen Rechtsgeschäfts ab, ist jedoch für die Beurteilung des Wesens der fiduziarischen Rechtsgeschäfte als negotia sui generis unerheblich. Wichtig ist nur die Feststellung, daß es sich bei allen Treuhandgeschäften stets um zwei getrennte Verträge handelt. Man könnte hierbei die traditio als Hauptgeschäft, die fiducia als Nebengeschäft bezeichnen.[1]) An dieser Stelle sei auf den bisher noch nicht erwähnten Unterschied des fiduziarischen vom resolutiv-bedingten Rechtsübergang hingewiesen. Bei letzterem liegt in der Tat auch rechtlich nur ein Geschäft vor; denn die Bedingung ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich Bestandteil des Übereignungsvertrags. Wenn man nun, wie z. B. Schultze,[2]) das Treuhandverhältnis von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, wird unzweifelhaft für die Vereinfachung und Klärung der mannigfachen Beziehungen des Treuhänders zum Treugeber viel gewonnen.[3]) Doch braucht hierauf deswegen nicht näher eingegangen zu werden, weil u. E. die resolutiv-bedingte Rechtsübertragung von der fiduziarischen Übereignung streng zu trennen ist.[4]) Wir betrachten die fiduziarische Übertragung nicht nur als eine unbeschränkte, sondern auch als eine unbedingte.[5]) Die traditio ist von der fiducia auch rechtlich scharf zu unterscheiden. Eine bloße Trennung des fiduziarischen Geschäfts in Innen- und Außenseite können wir ebenfalls nicht annehmen, denn dann kämen wir ja zu dem bereits abgelehnten Ergebnis, daß die traditio nur nach außen wirke, während im Innenverhältnis keine dingliche Verschiebung eintrete.[6]) Die traditio wirkt vielmehr absolut, nach innen wie nach außen im gleichen Umfange ding-

---

[1]) Fischbach a. a. O. S. 133; Bonenkamp a. a. O. S. 15.

[2]) Iherings J. Bd. 43 S. 32.

[3]) Über die Folgen einer analogen Anwendung im Konkurs der Parteien siehe Nathan a. a. O. S. 58.

[4]) Schon Leist hat in seinem bereits zitierten Werk diese Trennung konsequent durchgeführt.

[5]) Zustimmend Mögling a. a. O. S. 31.

[6]) Dernburg, Pand. I S. 234.

lich. Die fiducia natürlich kann nur im Innenverhältnis wirken, denn sie ist ein obligatorischer Vertrag; daraus aber ergibt sich eben die notwendige rechtliche Trennung der traditio von der fiducia. Wirtschaftlich allerdings bildet auch das fiduziarische Geschäft ein Ganzes. Nicht zwei wirtschaftlich in sich verschiedene Zwecke werden erstrebt, sondern ein wirtschaftlicher Erfolg durch zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, ein Realgeschäft, die traditio und ein Consensualgeschäft, die fiducia angebahnt.

Wenn traditio und fiducia auch nebeneinander stehen, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen. Es ist von höchster Wichtigkeit für die Beurteilung des fiduziarischen Geschäfts, diesen Zusammenhang zu ergründen. Schon Goltz[7]) hat den Treuhandvertrag als aus einem dinglichen und einem obligatorischen Vertrag zusammengesetzt gekennzeichnet. Der Zusammenhang zwischen den dinglichen und dem obligatorischen Vertrag ist nun von der Art, daß der dingliche Vertrag positive Wirkungen herbeiführt, der obligatorische Vertrag hingegen negativ oder — wie Goltz sagt — negatorisch wirkt: er vernichtet die positiven Rechtsfolgen, sobald die in ihm enthaltenen Voraussetzungen erfüllt sind. Auf welche Weise diese Wirkung hervorgebracht wird, hängt natürlich von der jeweils gewählten Vertragsart ab. Zu betonen ist nur, daß diese Wirkungen hervorgebracht werden.

Wie weit sollen sich nun die in dem negatorisch-obligatorischen Vertrag enthaltenen Verpflichtungen erstrecken, m. a. W., wo hört die Vertragsverpflichtung aus der fiducia — denn nichts anderes verstehen wir unter dem negatorisch-obligatorischen Vertrag — auf? Goltz sagt, daß der Fiduziar zur Rückübertragung des Treuhandobjekts verpflichtet sei, wenn bestimmte in der fiducia enthaltene Voraussetzungen sich erfüllt haben. Offenbar ist hiermit die Ansicht abgelehnt, daß bereits mit dem Eintritt besagter — hier nicht näher zu erörternder — Voraussetzungen die fiducia erschöpfend erfüllt, der negatorisch-obligatorische Vertrag beendet sei. Nicht mit der Erfüllung

[7]) In seinem schon zitierten trefflichen Werk: Das fiduziarische Rechtsgeschäft S. 12 ff.

der Voraussetzungen, z. B. dem Ablauf einer Frist, dem Eintritt eines Erfolges, ist die fiducia aus der Welt geschafft, sondern vielmehr erst mit der Aufhebung des traditio-Erfolges, mit der retrotraditio, wie wir sie kurz nennen wollen. Dahin also ist der Umfang der fiducia zu umgrenzen, daß auch die retrotraditio selbst noch Erfüllungshandlung aus dem negatorisch-obligatorischen Vertrage ist. Solange demnach die Rückübertragung noch nicht vollzogen ist, solange ist auch die fiducia noch nicht erfüllt; solange aber die fiducia noch besteht, solange besteht auch noch der ganze fiduziarische Vertrag mit allen seinen Folgen.

Die Goltzsche Konstruktion, auf der wir unsere Behandlung aufbauen, scheint indessen von manchen Schriftstellern nicht richtig erfaßt zu werden. So ist anscheinend Fischbach[8]) der irrigen Meinung, die fiducia sei bereits mit dem „Eintritt der Voraussetzungen des negatorisch-obligatorischen Vertrags" erfüllt; de retrotraditio selbst sei nichts weiter als die Rückgabe des infolge der Beseitigung der Fiduciaklausel ohne Rechtsgrund im Vermögen des Fiduziars befindlichen Treuhandobjekts. Übereinstimmend mit Schöny[9]) wirft er der Goltzschen Konstruktion vor, daß jede Leistung zu ihrer endgültigen Rechtsbeständigkeit eines rechtlichen Grundes bedürfe, und daß, wenn jemand durch die Leistung eines anderen etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, derjenige, dessen Vermögen betroffen ist, einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen kann (§ 812 BGB.). Dies decke sich aber im Endergebnis mit der Goltzschen Ansicht, wonach der Treuhänder zur Herausgabe verpflichtet sei, wenn bestimmte in dem negatorischen Vertrag enthaltene Voraussetzungen sich erfüllt hätten. Daß sich die beiden Endergebnisse tatsächlich decken, bestreiten wir allerdings ebensowenig, wie die nun folgende Behauptung, daß damit erwiesen sei, daß die Leistung an den Treuhänder von Anfang an einen rechtlichen Grund hatte. Wohl aber bestreiten wir, daß die Pflicht zur Herausgabe nach der Goltzschen Konstruktion rechtlich nichts anderes sei,

[8]) a. a. O. S. 138.

[9]) ArchBürgR. Bd. 35 S. 330.

wie eine condictio nach § 812. Diese Pflicht ist vielmehr eine Vertragspflicht, die so lange besteht, wie die fiducia besteht. Sind einmal die „Voraussetzungen" erfüllt, so bedarf es allerdings nur noch der Erfüllung jener Retrotraditionspflicht, um auch die fiducia als Vertrag zu beenden. Eine ganz andere Frage ist es hingegen, ob eine Beendigung der fiducia durch andere Handlungen als die retrotraditio die Wirkungen der traditio nicht ihrer causa beraubt. Und in der Tat ist dies der Fall. Die Fiduciaklausel ist der Kern des gesamten fiduziarischen Geschäfts; ohne sie, die allein Gewähr für die Rückübertragung bietet, würde die traditio niemals vorgenommen worden sein. Die traditio ist hier fiduciae causa vorgenommen worden.[10]) Erlischt also die fiducia, ohne daß retrotradiert wurde, aus irgend welchen Gründen (aus welchen, werden wir an anderer Stelle erfahren), so bleibt natürlich die durch die traditio erfolgte Wirkung unberührt, dagegen entfällt mit der fiducia auch die causa der traditio und der durch letztere herbeigeführte Rechtszustand besteht also fürderhin ohne causa. Es tritt mit anderen Worten an Stelle des früher bestehenden nun nicht mehr erfüllbaren Anspruchs auf retrotraditio ein neuer rechtlich ganz anders gearteter Anspruch aus einer condictio ob causam finitam nach § 812. Der früher existent gewesene Kontraktanspruch erlischt und wird ersetzt durch einen früher nicht existenten Quasikontraktanspruch. Je nach dem betreffenden fiduziarischen Geschäft und je nach den Umständen kann die Aufhebung der fiducia entweder in die Zeit fallen, wo die bestimmten Voraussetzungen (im Goltz'schen Sinne) bereits eingetreten, oder wo sie noch nicht eingetreten sind. Im ersten Falle wäre der Retrotraditionsanspruch bereits unbedingt, im letzteren erst bedingt entstanden; in jedem Falle aber wird dieser Anspruch beseitigt und an seine Stelle tritt die condictio ob causam finitam. Auf die Natur dieses quasikontraktlichen Anspruches wird weiter unten noch näher eingegangen werden (vgl. § 7, 1 a).

---

[10]) So spricht man auch von einer besonderen „causa fiduciae", vgl. Fischbach. Sammelvermögen S. 18, DJZ. 1909 S. 261. Schöninger ArchZivPr. Bd. 96 S. 171.

Hierauf wollen wir nun die Behandlung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurs aufbauen. Wie wichtig es ist, die Retrotraditionspflicht als Vertragsverpflichtung aus der fiducia von der Rückerstattungspflicht nach Condictionsgrundsätzen zu sondern, wird sich besonders deutlich bei den echten fiduziarischen Geschäften zeigen, zu deren Betrachtung im Konkurs des Treuhänders wir nunmehr übergehen.

II. Teil.

Die Folgen unserer Konstruktion im Konkurs des Treuhänders.

§ 6.

Der Gedankengang der Behandlung.

Aus der Ablehnung der Aussonderung ergibt sich für den Konkurs des Treuhänders folgendes Bild. Der fiduziarisch übermachte Wert, sei es nun eine tradierte Sache, sei es eine zedierte Forderung oder sei es ein indossierter Wechsel, gehört zum gegenwärtigen Vermögen des Fiduziar-Kridars zur Zeit der Konkurseröffnung. Es ist also das betreffende Objekt Bestandteil der Masse des Fiduziargemeinschuldners. Wenn dieses Resultat das einzige und endgültige Ergebnis der von uns entgegen der herrschenden Ansicht verteidigten Auffassung wäre, dann würde der Vorwurf berechtigt sein, daß man nur auf Grund eines aller Billigkeit Hohn sprechenden Formalismus sich zur Partei der Aussonderungsgegner bekennen könnte. Während indessen die Anhänger der Aussonderung ihr Augenmerk lediglich darauf richten, durch Aufstellung eines ganz neuen Eigentumsbegriffes bzw. durch Konstruktion einer in das Eigentumsgewand gekleideten Ermächtigung die Wirkungen der traditio ihren Billigkeitsbestrebungen gemäß zu gestalten, halten wir es im Gegenteil für geboten, die fiducia, die wir bereits oben als Kern des fiduziarischen Geschäfts bezeichneten, einer durchdringenden konkursrechtlichen Beleuchtung zu unterstellen.

Daß es ungleich schwieriger sein wird, auf diesem Weg zu billigen Resultaten zu gelangen, als sich einfach der Ansicht des RG. anzuschließen und eine Aussonderung zu bejahen, geben wir gerne zu. Doch darf man nicht deswegen allein einen Weg wählen, weil er bequemer zum Ziele führt. Man muß auch

prüfen, ob ein solcher Weg durch das Gebiet der Rechtswissenschaft führt. Der Weg der herrschenden Ansicht aber verläßt das juristische Gebiet und verliert sich im weiten Land der dehnbaren wirtschaftlichen Begriffe, und darum darf er nicht eingeschlagen werden. Vielmehr hoffen wir durch die festen Grundsätze des Konkursrechts hindurch zu rechtlich einwandfreien Resultaten zu gelangen und zugleich auch den wirtschaftlichen Interessen der Parteien gerecht zu werden.

Demgemäß sind im Folgenden die Einwirkungen des Konkurses auf die obligatorischen Beziehungen des Fiduziars zum Fiduzianten festzustellen. Da diese Beziehungen bei den mannigfachen Anwendungsmöglichkeiten des fiduziarischen Rechtsgeschäfts verschiedensten Inhalts sein können, ergibt sich die notwendige getrennte Behandlung der Einzelfälle der Treuhandgeschäfte im Konkurs, ein Postulat, dem in der Literatur nur ungenügend entsprochen wird. Wenige Schriftsteller nur weisen darauf hin, daß eine Behandlung aller Treuhandgeschäfte nach gleicher Schablone im Konkurs unmöglich sei.[1]) Entsprechend der von uns gewählten Unterscheidung (vgl. oben § 1) trennen wir also die echten fiduziarischen Rechtsgeschäfte (im Interesse des Fiduzianten) von den unechten (solchen im Interesse des Fiduziars).

§ 7.

Die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Beziehungen zwischen Fiduziant und Fiduziar.

1. Die echten fiduziarischen Rechtsgeschäfte.

Beim Abschluß eines echten fiduziarischen Vertrags haben die Kontrahenten das Interesse des Fiduzianten im Auge. Es braucht dies Interesse kein ausschließliches zu sein; nur muß es über den Nutzen prävalieren, den der Fiduziar eventuell auch aus dem Vertrage zieht. Das Hauptkontingent dieser Gruppe von Treuhandgeschäften stellt:

[1]) Nathan a. a. O. S. 61. Mögling a. a. O. S. 83. Walter a. a. O. S. 100.

[1]) KO. § 43 Anm. 45.

a) Die treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens:

Jäger gibt für diese Kategorie fiduziarischer Geschäfte folgendes Schulbeispiel:

„A. hat vor Antritt einer für Jahre berechneten Reise ins Ausland dem B., auf den er sich fest verlassen zu dürfen glaubt, ein Landgut zu treuen Händen übereignet, um den B. in der Verwaltung des Gutes völlig frei zu stellen. Bei seiner Rückkehr findet A. den Fiduziar im Konkurs, das Gut im Besitz des Verwalters."

In den gleichen Rahmen passen die meisten Geschäfte des modernen Rechts, die eine Vermögensverwaltung zu treuen Händen bezwecken.[2]) Bei all diesen Geschäften werden Objekte zu Verwaltungszwecken übertragen; meist ist es das Eigentum an einer Mobilie oder Immobilie, welches durch die traditio (Übergabe oder Eintragung) übergeht. Da Eigentum übergeht, ist Verwahrung im Innenverhältnis ausgeschlossen. Die Parteien wollen auch gar keine solche. Die fiducia stellt sich hier als die durch Erreichung eines bestimmten Erfolges (eventuell innerhalb einer bestimmten Zeit) bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung des Treuhandobjekts dar. Mit der Beendigung der Verwaltung wird die Rückübertragungspflicht aus einer bedingten zu einer unbedingten. Die Verwaltungstätigkeit regelt sich entweder nach den Vorschriften über Dienstvertrag oder über Auftrag, je nachdem sie entgeltlich oder unentgeltlich übernommen wird.

Nehmen wir zuerst den Fall, daß ein Entgelt für die Verwaltung ausbedungen war. Dann haben wir es jedenfalls mit einem Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung zu tun (§ 675). Dieser Dienstvertrag ist aber besonderer Art. Er basiert nicht zum geringsten Teil auf dem Vertrauen des Dienstherrn (Fiduzianten) zum Dienstverpflichteten (Fiduziar). Man kann also

---

[2]) Es genügt der Hinweis auf die positiven Gesetzesvorschriften, besonders auf §§ 1189, 1195 BGB. (Hypotheken für Inhaberpapiere oder Inhabergrundschulden), § 1270 (Pfandrecht für Inhaberpapiere); Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899, §§ 29 ff.; Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, §§ 1 ff.; Gesetz ü. d. Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909 §§ 35 ff.

wohl annehmen, daß stets ein Dienstvertrag nach § 627 BGB. vorliegen wird; denn auf welches Rechtsverhältnis träfe wohl die Bestimmung des § 627, daß der Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten habe, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, besser zu, denn auf die Verwaltung einer Sache zu treuen Händen?

Auf die Dienstverträge auf Geschäftsbesorgung[3]) nach § 675 finden die meisten Vorschriften des Auftrags entsprechende Anwendung. So unter anderm auch die Vorschrift des § 667, nach der der Geschäftsbesorger — wie wir den Fiduziar anstatt Dienstverpflichteten auch nennen können — erstens alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält, zweitens alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, an den Geschäftsherrn, also den Fiduzianten, herauszugeben hat. Mit der Beendigung der Verwaltungstätigkeit ist somit der Auftrag noch nicht beendet. Auch die Herausgabepflichten gehören zu den Erfüllungspflichten aus dem Auftrag: Ein typischer Anwendungsfall der von uns gegebenen Fiduciakonstruktion! Die Verwaltungstätigkeit entspricht der Erreichung des Erfolgs, die Herausgabe des Objekts der retrotraditio. So lange der Auftrag also weiter besteht, besteht auch die fiducia weiter. Mit Beendigung der fiducia erlischt auch der Auftrag.

Es ist von großer Wichtigkeit für die Durchführung unserer Konstruktion im Konkurs des Fiduziars, daß die retrotraditio uns hier als Folge des Auftragsverhältnisses entgegentritt. Führt uns doch die schon andern Orts charakterisierte Divergenz zwischen Mittel und Zweck, die Inkongruenz zwischen dem fiduziarisch übertragenen Recht und dem wirtschaftlichen Grund dieser Übertragung zu eigenartigen Resultaten. Zu Auftragszwecken gewöhnlicher Natur, wie sie unser Rechtsleben in reicher Zahl kennt, wird in der Regel die Übertragung des Eigentums an denjenigen Objekten, die zur Ausführung des Auftrags vom Mandanten dem Mandatar übergeben werden, nicht nötig und nicht gewollt sein. Vielmehr steht der Beauftragte zum Auftraggeber bezüglich dieser Sachen im Ver-

[3]) Vgl. Komment. der RGR. § 675 Anm. 1.

hältnis des Depositars zum Deponenten, wie den meistens Auftrag und Verwahrung sich zu einer Art von zusammengesetztem Vertrag vereinen. Hierdurch wird der Beauftragte nur Besitzer, nicht aber Eigentümer der betreffenden Objekte. Im Konkurs des Beauftragten zeigt sich die Dinglichkeit des Anspruchs auf Zurückgabe der zur Ausführung des Auftrags übergebenen Objekte, z. B. der einem Techniker zur Begutachtung übergebenen Maschinen oder Apparate (§ 645 BGB.), der einem Freund zur Prüfung anvertrauten Briefmarkensammlung (§ 662) in der Aussonderung aus der Masse. Zu diesem Ergebnis führt die Theorie der „Aussonderungsanhänger" (s. o. § 3 a) ohne weiteres auch bezüglich der fiduziarischen Auftragsgeschäfte. Auf das Wesen der Fiduciaklausel, die wir als Kern des ganzen fiduziarischen Rechtsgeschäftes betrachten, näher einzugehen, erübrigt sich mithin für die herrschende Ansicht. Genügt den Verfechtern dieser Theorie doch die Feststellung, daß ein Eigentumsübergang zwischen Fiduziant und Fiduziar überhaupt nicht stattfindet, um einen dinglich wirkenden Rückgabeanspruch in Form der reivindicatio außerhalb, der Aussonderungsklage innerhalb des Konkurses zu gewährleisten.

Wer hingegen mit uns auf dem Boden der entgegengesetzten Theorie steht, der kann nicht wohl zu dieser einfachen jedoch unseres Erachtens unrichtigen Lösung des Problems gelangen. Denn nach unserer Ansicht erwirbt der Fiduziarkridar Volleigentum am Treugut. Der Eigentumsanspruch bleibt also dem Treugeber zur Wiedererlangung der übereigneten Objekte versagt. Ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Treuhänders ist ihm nicht zuzubilligen. Im Gegenteil müssen wir konsequenterweise dem Fiduziar im etwaigen Konkurs des Fiduzianten ein solches Recht geben, worauf indessen in dieser Arbeit nicht näher eingegangen zu werden braucht. Im dinglichen Teil des Fiduciavertrags bietet sich uns also keine Handhabe, um den von uns nicht weniger wie von den Gegnern unserer Ansicht als zweckmäßig und billig erachteten Erfolge im Konkurs des Fiduziars herbeizuführen. Es bleibt uns also nur der beschwerlichere, aber auch folgerichtigere Weg, aus der Fiduciaklausel als dem obligatorischen Teil des Gesamtvertrags die gleichen Resultate

herzuleiten, wie die herrschende Ansicht sie aus dem dinglichen Teil, der traditio, allein folgern zu können glaubt.

Auf Grund der wichtigen Feststellung, daß die Ansprüche des Fiduzianten gegen den Fiduziar jedes dinglichen Charakters entbehren, wollen wir nunmehr die Gestaltung der Rechtslage im Konkurs des Treuhänders, insbesondere die Wirkung der Eröffnung des Verfahrens auf die „fiducia" untersuchen.

Wie wirkt nun die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Fiduziars auf dieses Vertragsverhältnis ein?

Zunächst ist als wichtige konkursrechtliche Folge zu bemerken, daß der Geschäftsbesorgungsvertrag oder ein Auftrag durch Konkurseröffnung nicht aufgelöst wird; denn nur wenn der Auftraggeber oder Dienstherr in Konkurs fällt, findet § 23 KO. Anwendung.[4]) Die Verwaltungstätigkeit muß also auch nach Eröffnung fortgeführt werden. Es fragt sich nur, von wem, ob vom Kridar oder vom Konkursverwalter. Daß das fiduziarisch übereignete Objekt als zum Vermögen des Fiduziar-Kridars gehörig in die Konkursmasse fällt, steht nach unserer Auffassung fest. Also sollte man meinen, daß der Kridar mit Konkurseröffnung nach § 6 KO. die Befugnis verliert, die Sache noch weiter zu verwalten und der Konkursverwalter in seine Stelle eintreten muß.

Zum Beweis der Irrigkeit dieser Meinung bedarf es eines erneuten Hinweises auf die eigenartige Stellung, die der Fiduziar-Kridar dem Fiduziant gegenüber einnimmt. Die einzige Gewähr, die der Fiduziant dafür besitzt, daß der Fiduziar mit der übereigneten Sache keinen der fiducia widersprechenden Gebrauch macht, besteht nämlich in dem höchst persönlichen Vertrauen zum Treuhänder. Daß ein Vertrauensbruch des letzteren die dinglichen Wirkungen einer beispielsweise vertragswidrigen Veräußerung an Dritte nicht hindert, selbst wenn die Dritten bösgläubig sind, ist die logische Folge der Eigentümerstellung des Fiduziars gegenüber jedem; durch einen Mißbrauch des ihm geschenkten Vertrauens macht sich der Treuhänder höchstens obligatorisch haftbar. Hat er also den Treuhandgegenstand vor Konkurseröffnung bereits fiduciavertragswidrig veräußert, so macht er hierdurch die Erfüllung

[4]) § 22 findet natürlich auch keine Anwendung.

der fiducia unmöglich. Die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen werden nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 325 usw. BGB.) in Schadensersatzansprüche verwandelt. Fällt nun der untreue Fiduziar in Konkurs, so hat natürlich in diesem Fall der Fiduziant nur eine Konkursforderung. Ist die Gegenleistung bereits vor Eröffnung ins Kridarvermögen geflossen, so würde auch nach der Aussonderungstheorie nur ein als Konkursforderung geltend zu machender Kondiktionsanspruch für den Fiduzianten entstehen (§ 46 KO.). Für die verhältnismäßig seltenen Fälle, wo die Gegenleistung noch aussteht, führt allerdings unsere Auffassung zu unbilligeren Ergebnissen, wie die Aussonderungstheorie. Wir werden sehen, daß sie in anderen Fällen zu billigeren Resultaten führt. Die Möglichkeit des Treubruchs ist eben das Risiko, das der Fiduziant mit in Kauf nehmen muß.

Sollte sich aber auch das Vertrauen des Fiduzianten zum Fiduziar bis zur Konkurseröffnung bewährt haben, durch die Konkurseröffnung werden die Grundlagen dieses Vertrauens unzweifelhaft stets stark erschüttert werden; denn einem Konkursifex vertraut keiner gerne die Verwaltung von Objekten zu treuen Händen an. Daraus jedoch, daß der Kridar das Vertrauen des Treugebers meist nach Konkurseröffnung nicht mehr verdient, kann man e contrario nicht entnehmen, daß von nun an der Konkursverwalter dieses Vertrauen an Stelle des Kridars genießen soll und anstatt seiner die Verwaltung des Treuguts zu übernehmen berechtigt sei.

Ohne Erlaubnis des Treugebers ist ein Wechsel des Treuhänders hier unbedingt unzulässig und wer weiß, ob nicht der Fiduziant von der schuldlosen Insolvenz des Fiduziars dermaßen überzeugt ist, daß er ihm auch nach Konkurseröffnung den Gegenstand zur Treuhandverwaltung überlassen würde, um ihm sein Vertrauen zu beweisen? Ob er es tun wird, ist allerdings eine andere Frage. Wenn er es aber tut, so kann von einem Eintritt des Konkursverwalters an Stelle des Gemeinschuldner-Fiduziars niemals die Rede sein. Es handelt sich um eine Art subjektiv unvertretbarer Leistung und das bedeutet konkursrechtlich nichts anderes, als daß die Anwendung des § 17 KO.

ausgeschlossen ist: denn selbst bei vollkommen gegenseitigen Verträgen — wenn man die Geschäftsbesorgungsverträge nach § 675 BGB. darunter rechnet — ist ein Eintritts- oder Ablehnungsrecht dem Verwalter nur gegeben, wenn er überhaupt subjektiv „eintreten" kann.[5]) Zwischen dem Recht des Fiduzianten, dem Konkursverwalter die Ausübung der Tätigkeit des Kridars zu verwehren, und dem Rechte des Konkursverwalters, über das Vermögen des Kridars zu verfügen und es zu verwalten, scheint hierdurch ein unlösbarer Konflikt zu entstehen. Mit Hilfe der Theorie, welche mit Recht im Konkursverwalter den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners erblickt, läßt sich jedoch dieser Konflikt leicht lösen.[6]) Die Vertretung des Konkursverwalters erstreckt sich natürlich nur auf ersetzbare Handlungen. Sowenig der Verwalter den Kridar nach § 17 in der Erfüllung vertreten kann, sowenig kann er ihn nach § 6 in derselben vertreten. Die Verwaltungsbefugnis nach § 6 entfällt also bei den fiduziarischen Verwaltungsverträgen. Also bliebe die Verfügungsbefugnis übrig. Es könnte also der Verwalter den Gegenstand kurzerhand veräußern, um den Erlös in die Masse fließen zu lassen. Gewiß, das könnte er und es würde hierdurch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt der Aussonderung heraus nach § 46 ein Anspruch des Fiduzianten an dem Erlös entstehen, wie nach der herrschenden Ansicht. Es fragt sich nur, ob er zu einer solchen Veräußerung auch nach der KO. berechtigt ist.

Gewiß darf nach der Konkurseröffnung der Verwalter über die zur Masse gehörigen Objekte frei verfügen. Die grundlegende Bestimmung des § 6 normiert dieses wichtige Recht des Verwalters in weitestem Umfang. Wir sahen ferner, daß der Gesetzgeber bestrebt war, möglichst alle hemmenden Schranken zu beseitigen, die das freie Verfügungsrecht des Konkursverwalters zu beeinträchtigen vermöchten. So erklärt § 13 KO. die auf den zur Masse nach § 1 gehörenden Gegenständen etwa

---

[5]) Vgl. Jäger, KO. § 17 Anm.

[6]) Ihre bedeutendsten Vertreter sind: Kisch, Vorl. über Zivilprozeß II, § 51; Petersen-Kleinfeller, KO. Anm. 11 ff. und die bei Jäger, KO. § 6 Anm. 3 zitierten Schriftsteller.

lastenden Veräußerungsverbote ausdrücklich für unwirksam gegenüber den Gläubigern. Der Verwalter hat also hier kraft besonderer Bestimmung das Recht, ungeachtet der dinglichen Wirkungen, mit denen nach den §§ 135, 136 BGB. die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote ausgestattet sind, die betreffenden Objekte zu veräußern. Daß bloße rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote (§ 137 BGB.) keine Wirkungen dinglicher Natur haben, geschweige denn das Verfügungsrecht des Verwalters irgendwie beeinträchtigen könnten, ist selbstverständlich. Ja, selbst wenn die auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung beruhende Abrede zwischen Fiduziant und Fiduziar in Parallele mit den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB. gestellt werden könnte, so müßte man in konsequenter Durchführung der von uns oben (§ 3, a) als richtig erkannten Ansicht zu dem Ergebnis gelangen, daß die Fiduciaklausel den Verwalter in seiner Verfügungsmacht nicht hindert. Der Einwand liegt nahe, daß, wenn schon gesetzliche und richterliche Verfügungsverbote vom Gesetz mit dinglicher Wirkung ausgestattet, durch § 13 KO. ihre Kraft im Konkurs verlieren, per argumentationem a maiore ad minus erst recht die bloß auf dem gegenseitigen Vertrauensverhältnis basierende Fiduciaabrede den Verwalter nicht bindet. Wir lehnen es jedoch, wie schon oben, so auch an dieser Stelle ausdrücklich ab, in der Fiduciaklausel ein Analogon zum Veräußerungsverbot zu erblicken. Eine Argumentatio a maiore ad minus erscheint uns deswegen nicht schlüssig, weil die Verfügungsbeschränkungen der §§ 135, 136 BGB. zu den Fiduciaklauseln der von uns ins Auge gefaßten Fälle nicht im Verhältnis des maius zum minus stehen. Es handelt sich unseres Erachtens bei der Fiduciaklausel rechtlich um ein ganz anderes Gebilde wie bei dem Veräußerungsverbot genannter Art. Veräußerungsverbot und Fiduciaklausel sind — um ein mathematisches Bild zu gebrauchen — nicht konzentrisch, sondern exzentrisch gelagert. Ein gemeinsamer Mittelpunkt zu radialem Vorgehen a maiore ad minus ist gar nicht vorhanden; die beiden Vertragstypen haben weder Zweck noch Form gemeinsam und es kann auch per analogiam hier ein Beweis nicht geführt werden.

Als Vertragstypus besonderer Art beansprucht der fiduziarische Vertrag auch eine besondere Berücksichtigung im Konkurs. Die Ausnahmestellung der Treuhandgeschäfte rechtfertigt deren Wirkung auf das Verfügungsrecht des Konkursverwalters. Da nirgends in der KO. bestimmt ist, daß der Verwalter den Auftrag des Fiduzianten ablehnen kann, da der Verwalter nur das Verfügungsrecht über Masseobjekte in dem Umfang ausüben darf, in dem die KO. es ihm gestattet, da — um es nochmals zusammenzufassen — ein Eingreifen des Verwalters in das Auftragsverhältnis jeder gesetzlichen Grundlage entbehren würde, müssen wir zu dem Ergebnis gelangen, daß durch eine Veräußerung des Treuguts ein Recht des Fiduzianten verletzt und die aus dieser Rechtsverletzung entstehende Forderung im Konkurs Berücksichtigung finden wird. Ist unsere Argumentation bis hierhin richtig, so scheint sich auf den ersten Blick doch keine Möglichkeit zu bieten, aus der durch eine Veräußerung des Treuguts entstehenden Forderung des Gläubigers wegen Unmöglichkeit der Erfüllung des Auftrags volle Befriedigung in Höhe des Werts der übereigneten Objekte plus dem infolge der Nichtausführung des Auftrags dem Mandanten sonst entstandenen Schaden zu erlangen. Wir stellten — wie wir nochmals ausdrücklich hervorheben — bereits oben § 7, 1a) — fest, daß die Rückgabe der Objekte, die der Fiduziantmandant dem Fiduziarmandatar zwecks Ausführung des Auftrags übergab, und die bei gewöhnlichen nichtfiduziarischen Aufträgen am leichtesten durch die reivindicatio zurückverlangt werden, sich als eine der Erfüllungspflichten aus dem Auftrag als solchem, nämlich nach § 667 BGB. darstellt. Eine Vereitelung der retrotraditio ist somit für uns eine Nichterfüllung des Auftrags. Die aus dieser Unmöglichkeit der Retrotraditio etwa entstehenden Forderungen sind also nichts anderes als „Forderungen wegen Nichterfüllung eines Vertrags“. Nun bestimmt § 26 KO., daß der Gläubiger — hier also der Fiduziant — eine Forderung wegen Nichterfüllung oder Aufhebung eines Vertrags im Konkurs des Schuldners nur als Konkursforderung geltend machen kann, vorausgesetzt, daß die Nichterfüllung oder Aufhebung dieses Vertrags eine „Folge der Konkurseröffnung“

ist. Daß durch eine Veräußerung der Treuhandobjekte seitens des Verwalters die Rückgabe derselben in natura vereitelt und eine Schadensersatzforderung „wegen Nichterfüllung“ entsteht, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Denn daß der Konkursverwalter nach § 6 KO. kein Recht zu einer solchen Veräußerung hat, ist bereits oben erörtert worden. Wer aber rechtswidrig handelt, ist zum Schadensersatz verpflichtet. Die erste Voraussetzung des § 26 KO., nämlich die „Entstehung einer Schadensersatzforderung infolge Nichterfüllung eines Vertrags“ trifft also zu. Es bleibt also zu untersuchen, ob auch die zweite Voraussetzung, nämlich, daß die Nichterfüllung eines Vertrags „infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens“ eintritt, gegeben ist. Denn nur für diese Fälle ist der geschädigte Gläubiger gehalten, seine Ersatzforderung als gewöhnliche Konkursforderung anzumelden. Es ist ja leicht verständlich, daß in all den Fällen, in denen kraft Gesetzes durch Konkurseröffnung Vertragsverhältnisse gelöst werden, die aus der Lösung entstehenden Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung nicht voll befriedigt werden können. Sonst hätte ja auch diese Bestimmung, die doch offenbar im Interesse der Gläubigergesamtheit getroffen ist, keinen Zweck, da ja eine volle Befriedigung der Ersatzforderung die Masse genau so vermindern würde, wie eine volle Erfüllung des Vertrags. Überall da, wo die Konkursordnung, sei es als direkte Folge (z. B. im Falle des § 23: Erlöschen eines von dem Kridar erteilten Auftrags), sei es als indirekte Folge durch eine vermittelnde Handlung des Konkursverwalters (z. B. Kündigung des Verwalters nach § 22, 2, § 19; Ablehnungserklärung des § 17), Vertragsverhältnisse zum Erlöschen bringt, entsteht somit nach § 26 KO. nur eine Konkursforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es wird also mindestens verlangt, daß die Nichterfüllung eine indirekte Folge der Konkurseröffnung sei. Ist die Nichterfüllung dagegen weder direkt noch indirekt eine Folge der Eröffnung des Verfahrens, so ist es klar, daß die Regel des § 26 KO. keine Anwendung finden kann. Tritt mit anderen Worten durch einen vom Konkursverwalter zu vertretenden Umstand die Nichterfüllung eines Vertrags ein, der weder mittelbar noch unmittelbar infolge der Eröffnung des Verfahrens

aufgelöst worden wäre, sondern der im Gegenteil trotz Eröffnung des Konkurses weiter bestanden hätte, so müssen auch aus der Nichterfüllung solcher Verträge seitens des Verwalters diejenigen Forderungen entstehen, die nach der Konkursordnung gewöhnlich aus Handlungen des Verwalters zu entstehen pflegen. Das sind aber nach § 59, 1 KO. Masseforderungen. Der § 26 KO. ist eben eine Ausnahme von der Regel, daß, wenn durch Handlungen des Verwalters Rechtsfolgen entstehen, die sich hierbei ergebenden Ansprüche des Gegners Masseforderungen nach § 59, 1 KO. sind. Diese Regel müssen wir nun auch auf die fiduziarischen Verträge anwenden und müssen deshalb, ausgehend von der von uns als richtig erkannten Voraussetzung, daß fiduziarische Auftrags- und Geschäftsbesorgungsverträge infolge Konkurseröffnung nicht beendigt werden (vgl. oben § 7), zu dem Endergebnis gelangen:

Aus Handlungen des Konkursverwalters, sei es nun Veräußerung oder sei es Zurückbehaltung von Treugut in der Masse, durch welche dem Kridar als Fiduziar die Erfüllung des Auftrags unmöglich gemacht wird, entstehen für den Fiduzianten Ersatzforderungen in Form von Masseansprüchen nach § 59, 1 KO. Diese Masseforderung geht erstens auf Ersatz des Wertes der übereigneten Sachen (§ 667 BGB.), zweitens auf Ersatz des Schadens aus der Nichterreichung des Auftragszwecks (Verwaltung etc. § 626 BGB.). Die Masse würde also durch Veräußerung des Treuguts tatsächlich nicht vergrößert, sondern infolge der entstehenden Schadensersatzforderungen um denselben Betrag verringert werden, der ihr etwa als Erlös aus der Veräußerung zufließen würde, und nicht nur das. Die Schadensersatzforderung aus der Nichterfüllung des Auftrags als solchem würde die Masse noch obendrein angreifen und es würde so im Gesamtergebnis eine Schädigung der Masse und damit der Gläubiger verursacht verden.

Der Verwalter würde aber nicht nur die Masse verpflichten, er würde sich auch persönlich dem Kridar gegenüber nach § 82 KO. dafür verantwortlich machen, daß er durch Versilberung des Treuhandgutes dem ersteren die Möglichkeit vereiteln würde, durch Ausübung der Verwaltungstätigkeit — voraus-

gesetzt, daß er sie mit Willen des Fiduzianten überhaupt auszuüben berechtigt sein soll — seine Arbeitskraft zu verwerten. Denn über die Arbeitskraft des Gemeinschuldners hat der Konkursverwalter kein Verfügungsrecht,[7]) auch dann nicht, wenn die Ausübung der Arbeit eine unentgeltliche ist.

Gezwungen werden kann der Verwalter natürlich nicht, den Auftrag zu erfüllen und nach Beendigung desselben durch den Kridar das Treugut zu retrotradieren. Wie wir unten ausführen werden, gibt das Gesetz selbst Rechtsbehelfe, um den immerhin komplizierten Umständen ein Ende zu machen. Jedoch ist es möglich, daß der Fiduziar den Auftrag genau so zu Ende führt, wie er es ohne Konkurseröffnung getan haben würde.

Nach Beendigung der Verwaltungstätigkeit müßte dann die retrotraditio vollzogen werden. An sich wäre hierzu der Fiduziar als Vertragsgegner aus dem Auftrag berechtigt und verpflichtet. Eine etwaige Klage aus dem Auftrag wäre gegen ihn zu richten. Durch Nichtherausgabe der Sache würde allerdings der Verwalter wieder, wie gesagt, die Masse zu Schadensersatz nach § 59, 1 KO. verpflichten. Da Masseschulden primär auf Naturalleistung gehen, könnte der Fiduziar also den Konkursverwalter zur Herausgabe der Sache aus der Masse zwingen, sobald der Kridar verpflichtet ist, sie nach Auftragsgrundsätzen (§ 667 BGB.) herauszugeben. Andrerseits ist der Kridar nicht in der Lage, selbständig das Treugut zu retrotradieren; denn er kann nach Konkurseröffnung nach § 6 KO. nicht mehr über sein Vermögen verfügen. Das Treugut aber gehört zu seinem Vermögen und die Retrotraditio ist eine Verfügung über dasselbe.

Daß ein solch kompliziertes Rechtsverhältnis je eintritt, dürfte in Praxi ausgeschlossen sein, was jedoch nicht der Mühe enthebt, die theoretische Möglichkeit konkursrechtlich zu untersuchen. Praktisch ist hingegen dem Fiduzianten ein Mittel gegeben, Komplikationen, wie sie immerhin entstehen können, mit einem Schlage aus dem Wege zu räumen. Es handelt sich nämlich um einen Dienstvertrag nach § 627 BGB. Ein solcher kann, wie ein Auftrag, auch jederzeit von den Parteien beseitigt werden und zwar beim Dienstvertrag nach § 627 durch

[7]) Jäger, KO. § 23 Anm. 15.

beiderseitige Kündigung, beim Auftrag durch Widerruf bzw. Kündigung (§ 671 Abs. 1). Dieses Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht wird durch die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses nicht ausgeschlossen.[8]) Durch die Tatsache der Konkurseröffnung wird dieses Recht natürlich ebensowenig berührt, wie das gesamte Rechtsverhältnis.[9]) Von dem Widerrufs- und Kündigungsrecht können also beide Teile auch nach Konkurseröffnung noch Gebrauch machen. Beläßt jedoch der Fiduziant dem Fiduziar-Kridar die Sache und erhält dieser eine Vergütung für die fiduziarische Tätigkeit, so wird er schon deshalb von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen, weil er nicht auf den Lohn, der ja konkursfreier Neuerwerb ist,[10]) verzichten will. Um so eher wird aber der Fiduziant nach Konkurseröffnung von seinem Kündigungs- oder Widerrufsrecht Gebrauch machen. Die Ausübung des Rechtes ist, wie bereits betont, ein Ausfluß des höchst persönlichen Fiduciavertrages. Deshalb hat sowohl die Kündigung des Kridars durch diesen persönlich, wie auch der Widerruf (bzw. Kündigung) des Fiduzianten dem Kridar persönlich gegenüber zu erfolgen, niemals aber durch oder gegen den Konkursverwalter.[11])

Widerruf und Kündigung haben nun die gleichen Wirkungen. Sie heben nämlich das Rechtsverhältnis für die Zukunft (ex nunc) auf.[12]) Hierdurch unterscheiden sie sich von der Anfechtung und dem Rücktritt, jenen beiden anderen wichtigen Gestaltungsrechten.[13]) Mit der Kündigung wird also die fiducia ex nunc aufgehoben. Mit der fiducia als Rechtsverhältnis entfallen aber auch die einzelnen Rechte und Pflichten aus ihr. Vor allem entfällt das Recht des Fiduzianten, für die Zukunft seine Retrotraditionsansprüche noch auf die fiducia zu stützen. Wenden wir nun unsere in § 5 aufgebaute Konstruktion des

---

[8]) Vgl. RGZ. Bd. 39, S. 166; Bd. 53, 416; Komm. v. RGR. § 671, Anm. 1; Fischbach, S. 297.

[9]) Jäger, KO. § 23, A 14.

[10]) Dortselbst § 17, A. 27.

[11]) Jäger, KO. § 23, A. 14.

[12]) Staudinger, § 671, Anm. 1; Planck, § 671, Anm. 2.

[13]) Vgl. Thiele im ArchZivPr. Bd. 89, 85 ff.

fiduziarischen Geschäfts auf die Situation an, so ergibt sich, daß, da mit der fiducia zugleich die causa zur traditio entfällt, der Fiduziar nunmehr von der Kündigung an ohne Rechtsgrund Eigentümer des Treugutes ist. Wäre die Kündigung vor Konkurseröffnung erfolgt, so hätte sie eine zivilrechtliche condictio ob causam finitam nach § 812 BGB. gegen den Fiduziar nach sich gezogen. Wo sie jedoch nach Konkurseröffnung erfolgt, hat sie die entsprechenden Wirkungen gegen die Masse zur Folge. Ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Masse ist aber nach § 59, 3 KO. als Masseanspruch geltend zu machen. Dieser Masseanspruch beruht aber auf ganz anderem Rechtsgrund, wie der aus der „Handlung" des Konkursverwalters entstandene, von dem oben S. 43 die Rede war. Da § 69 auf Masseschulden keine Anwendung findet,[14]) wird also der Condictionsanspruch des Fiduzianten hier meist zur Naturalrestitution des Objekts führen, also zu genau dem gleichen Ergebnis wie eine Aussonderung. In gewisser Beziehung kann er sogar zu billigeren Resultaten führen.

Betrachten wir nämlich die Pflichten des Fiduziar-Kridars zur Herausgabe der Nutzungen, die er aus dem Treugut zieht, so fallen dieselben natürlich mit dem Stammwert in die Masse. Da ihre Herausgabe sich ebenfalls nach Auftragsgrundsätzen regelt und zwar nach § 667 (zweiter Teil), wonach der Beauftragte alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben hat, ist somit die Rückgabe der Früchte und sonstigen Erzeugnisse eine Erfüllung der fiducia. Mit der Kündigung fällt demnach auch diese Erfüllungspflicht weg und es sind fürderhin die Nutzungen nach § 812 im Umfange des § 819 herauszugeben. Der Masseanspruch nach § 59, 3 KO. geht also auf retrotraditio sämtlicher noch vorhandener Nutzungen in natura, bzw. auf das Surrogat, soweit die Masse noch bereichert ist. Bis zur Kündigung haftet der Kridar nach den näheren Vereinbarungen aus der fiducia, an die der Verwalter, wie wir feststellten, ebenfalls gebunden ist. Durfte also der Fiduziar die Nutzungen für sich verwenden, so fallen sie für die Zeit vor

[14]) Jäger, KO. § 69, Anm. 6; § 57, Anm. 1.

Konkurseröffnung in das Vermögen des Fiduziars und etwaige noch vorhandene Nutzungen werden nicht mehr aus der Masse kondiziert. Nach Konkurseröffnung sind die Nutzungen ebenfalls Massebestandteile und sind verwertbar. Hierin zeigt sich, daß der Vorwurf, unsere Konstruktion nehme dem Treugut überhaupt alle Wirkungen aus dem Eigentumsübergang in materieller Hinsicht, indem sie konkursrechtlich die gleichen Wirkungen herbeiführe, wie die Aussonderung, unbegründet ist. Soweit die fiducia Bestimmungen zugunsten des Fiduziars enthält, durch welche ihm aus dem Eigentum positive Vorteile erwachsen, und soweit diese Vorteilsrechte bereits ausgeübt sind, kann auch durch die Kündigung keine nachträgliche Aufhebung dieses Rechtszustandes eintreten; denn die Kündigung wirkt ex nunc; d. h. sie zerstört nur Verpflichtungen für die Zukunft, keine Wirkungen für die Vergangenheit. Für die Zeit nach der Kündigung jedoch besteht auch das noch nicht ausgeübte Nutzungenverwendungsrecht des Kridars nicht mehr. Von da ab sind also die gezogenen Nutzungen nach § 819 herauszugeben. Meist wird jedoch der Kridar die Nutzungen kraft Fiduciavertrags obligatorisch zu ersetzen haben. Dieser Anspruch wäre Fiduciaanspruch und entfällt mit der Kündigung, da er noch nicht erfüllt ist; an seine Stelle tritt der Masseanspruch neah § 59, 3, der jedoch nur soweit exequierbar ist, wie die Masse durch Nutzungen bzw. Surrogate nach §§ 818, 819 BGB. bereichert ist. Auf dieses Ergebnis als eine notwendige Folgerung aus dem Aufbau unserer Konstruktion werden wir bei einer anderen Art fiduziarischer Auftragsgeschäfte noch zu sprechen kommen.

Doch sind wir noch den Beweis für die Behauptung schuldig, daß die Aussonderungsanhänger bezüglich der Nutzungen zu unbilligeren Resultaten gelangen. Nach der Aussonderungstheorie erlangt der Fiduziar von Anfang an im Verhältnis zum Fiduzianten kein Eigentum, sondern der Fiduziant bleibt Eigentümer und der Treuhänder hat ihm gegenüber nur die Stellung des gutgläubigen Besitzers. Die unabwendbare Folge davon ist, daß auch kein Kausalzusammenhang zwischen traditio und fiducia besteht. Durch Beseitigung der fiducia in-

folge Widerrufs oder Kündigung entsteht also auch gar keine Beseitigung der causa für den durch die traditio bewirkten Rechtszustand; denn der Fiduziant hat ja stets die rei vindicatio nach Beendigung der fiducia; also kann er keine condictio haben. Für das Treugut selbst führt die hieraus resultierende Aussonderung natürlich zu glatten und billigen Ergebnissen für den Fiduzianten. Was aber die vor Kündigung gezogenen Nutzungen anlangt, so regelt sich deren Herausgabe nach den Vorschriften über die Rechte des Eigentümers im Verhältnis zum Besitzer. Nach § 955 erwirbt der Fiduziar das Eigentum an den Erzeugnissen, welches er ja noch nicht hat, mit der Trennung und ist lediglich nach den §§ 987 ff. BGB. zur Herausgabe obligatorisch verpflichtet.[15]) Da diese Verpflichtung durch die Kündigung nicht erlischt, weil sie ja nicht aus dem Auftrag, sondern aus dem Besitz des Kridars begründet ist, kann sie für die Zeit vor Konkurseröffnung nur als Konkursforderung geltend gemacht werden;[16]) denn der Kridar war schon obligatorisch verpflichtet, nicht aber wird erst die Masse obligatorisch verpflichtet. Für die Zeit nach Konkurseröffnung dürften die ins Eigentum des Kridars fallenden Nutzungen konkursfreier Neuerwerb sein und die Herausgabeansprüche gegen den Kridar persönlich geltend zu machen sein.[17]) Für die Zeit nach der Kündigung hingegen fallen die Erzeugnisse nach § 955, 2 direkt dem Fiduzianten zu und sind aussonderbar.[18]) Daß eine solche Gestaltung der Sachlage ev. für den Treugeber viel ungünstiger sein kann, wie die oben gekennzeichnete, mag folgendes Beispiel veranschaulichen:

Befinden sich im Momente der Kündigung noch Nutzungen im nachweisbaren Werte von 500 M. in der Masse, so hat nach unserer Auffassung der Fiduziant ohne Rücksicht auf die Zeit der Trennung einen Masseanspruch nach § 59, 3 in Höhe von 500 M. Nach der Aussonderungstheorie hingegen wäre — wenn z. B. diese Nutzungen in Höhe von 400 M. vor Konkurseröffnung bereits getrennt worden wären — eine bloße Konkursforderung

---

[15]) Planck, § 955 Anm. 3; Staudinger, § 988 Anm. 1.

[16]) So auch Jäger, KO. § 43 Anm. 22.

[17]) Jäger, KO. § 1, Anm. 54, 55.

[18]) Dortselbst § 43 Anm. 22.

von 400 M. und eine persönliche Forderung von 100 M. gegen den Kridar gegeben. Unsere Theorie führt also hier tatsächlich zu billigeren Resultaten, wie die herrschende Ansicht.

Ehe wir jedoch die weitaus wichtigsten Fälle fiduziarischer Rechtsübertragung, nämlich Zession und Vollindossament zu Inkassozwecken im Lichte unserer soeben entwickelten Theorie betrachten, wird es notwendig sein, einem Einwand zu begegnen, der ohne Zweifel von allen Gegnern unserer Ansicht aufgeworfen werden wird.

Es liegt nämlich nahe, die Qualifizierung des Retrotraditionsanspruchs als eines gegen die Masse nach § 59, 3 KO. zu richtenden Anspruchs abzulehnen und vielmehr die Behauptung aufzustellen, daß es sich bei der Forderung des Fiduzianten auf Rückerstattung des Treuguts n a c h Konkurseröffnung um nichts anderes handle, als v o r Konkurseröffnung auch, nämlich um einen aus dem Fiduziavertrag herrührenden Anspruch. Würde diese Auffassung richtig sein, so bestände also der Retrotraditionsanspruch bereits vor Konkurseröffnung in derselben Form wie nach Konkurseröffnung und könnte demnach, wenn er nach Ausübung des Widerrufs- oder Kündigungsrechts durch den Fiduzianten geltend gemacht würde, jedenfalls nur als Konkursforderung geltend gemacht werden. Es wird ohne weiteres zugegeben, daß — falls die Voraussetzungen, auf die sich der aufgeworfene Einwand gründet, eintreffen würden — der Einwand selbst begründet wäre. Wir bestreiten aber die Richtigkeit der Voraussetzungen und leugnen ausdrücklich die Identität des aus der fiducia resultierenden vor dem Widerruf bestehenden und des aus dem Widerruf erst hervorgehenden Retrotraditionsanspruchs. Es ist bereits im § 5 dieser Arbeit ausführlich dargelegt worden und es braucht daher an dieser Stelle nicht mehr begründet zu werden, daß und inwiefern nach der von Goltz angenommenen Zweiteilung des Treuhandvertrags in fiducia und traditio aus dem Wegfall der fiducia eine condictio ob causam finitam entstehen kann. Braucht es da eigentlich noch eines besonderen Hinweises darauf, daß diese beiden Ansprüche, der vor und der nach erfolgtem Widerruf, nichts weniger als identisch sind? Ist nicht vielmehr der Unterschied zwischen dem

Anspruch aus der fiducia, dem kontraktlichen und dem aus der Auflösung des Fiduciaverhältnisses entstehenden, dem quasikontraktlichen ein grundlegender, fast historischer zu nennen? Der durch den Widerruf entstehende Condictionsanspruch ist in seiner Struktur etwas ganz anderes wie der Retrotraditionsanspruch aus der fiducia, mag er auch im Effekt derselbe sein. Der Gegenstand beim Condictionsanspruch ist die Bereicherung, also ein variabler abstrakter Vermögenswert, kein bestimmter konkreter Wert wie z. B. beim Kaufvertrag.[19]) Daß der durch den Widerruf oder die Kündigung des Fiduzianten entstehende Condictionsanspruch auf Herausgabe der Sache bzw. des Bereicherungssurrogates rechtlich ebenso gestaltet sei, wie der schon vorher existierende Anspruch auf retrotraditio aus dem Fiduciakontrakt, wird man infolgedessen nicht behaupten können.

Es bliebe also die andere Möglichkeit, eine Identität beider Ansprüche, des vor und des nach Widerruf entstandenen, auf die Weise zu konstruieren, daß man neben dem kontraktlichen Anspruch auf retrotraditio, wie er sich uns vor dem Widerruf als aus dem Auftragsverhältnis resultierend zeigte, in einer Art von Anspruchskonkurrenz noch einen anders gearteten und zwar einen bedingt bestehenden Condictionsanspruch behaupten wollte. Wenn man mit anderen Worten beweisen könnte, daß der von uns als mit dem Widerruf oder der Kündigung erst entstehend angenommene Condictionsanspruch bereits vor dem Widerruf bestand, dann wäre allerdings die Identität beider Ansprüche festgestellt und es würde auch in dem Fall, daß die Eröffnung des Konkurses bei Ausübung des Widerrufs bereits erfolgt wäre, aus diesem Widerruf dann ein neuer Anspruch, d. h. ein vor Konkurseröffnung noch nicht bestehender, nicht konstruiert werden können. Deshalb würde ein solcher Anspruch stets nur als bloße Konkursforderung, nicht aber als Masseforderung geltend gemacht werden müssen. Wenn man nun den Condictionsanspruch als schon vor dem Widerruf existierend annehmen wollte, so müßte dies ohne Zweifel auf dem Wege geschehen, daß man sich den Condictionsanspruch durch

[19]) Stieve, Der Bereicherungsanspruch, S. 28.

den Widerruf bedingt dächte. Es würde dann auf unseren Fall angewandt schon vor erfolgtem Widerruf des Fiduciavertrags ein Condictionsanspruch des Fiduzianten anzunehmen sein, ein Anspruch, der zwar bis zur tatsächlichen Ausübung des Widerrufsrechtes sozusagen noch latent, immerhin aber rechtlich bereits vorhanden wäre. Die Konkurseröffnung würde daher, gleich in welchem Zeitpunkt sie erfolgt, stets den Fiduzianten zu einem derjenigen Gläubiger machen, deren Forderungen bereits v o r dem Konkurse, wenn auch nur b e d i n g t vorhanden waren. Als gewöhnlichen Konkursgläubiger würde ihn deshalb § 67 KO. nur zu einer Sicherung des Retrotraditionsanspruchs in dem Falle berechtigen, daß er sich überhaupt auf den bedingt bestehenden Condictionsanspruch stützen wollte.[20]) Auf diesen müßte er sich aber in der Tat stützen; denn aus dem Auftrag kann er die retrotraditio, wie wir oben (§ 7, S. 38) nachwiesen, nur dann stützen, wenn er überhaupt an einen Widerruf des Auftrags gar nicht denkt, sondern ganz im Gegenteil den Auftrag zu Ende geführt haben und den Fiduciavertrag bestehen lassen will. Da der Fiduziant aber nach Konkurseröffnung ohne Zweifel sofort widerrufen kann und es auch meistens tun wird, hat er es gar nicht nötig, seine Anwartschaft auf die retrotraditio unter dem Gesichtspunkt einer bedingten condictio sichern zu lassen, sondern kann sofort die unbedingte condictio ob causam finitam geltend machen. Das würde natürlich nichts an der Tatsache ändern, daß, falls diese condictio ob causam finitam schon vor Widerruf bedingt bestanden hätte, der widerrufende Fiduziant im Konkurs des Fiduziars nur Konkursgläubiger wäre; er würde sich somit durch sein Widerrufsrecht keinen anderen Vorteil verschaffen können, als den, seine bisher bedingte Forderung in eine unbedingte umzuwandeln, und aus dem Zustand der bedingt berechtigten und gesicherten Anwartschaft in den der unbedingt berechtigten Konkursgläubigerschaft zu gelangen. So oder so hätte er aber nur eine anteilsmäßige Befriedigung zu erwarten.

Wenn die Gegner der von uns vertretenen Ansicht, daß der Condictionsanspruch nach Widerruf als Masseanspruch geltend

[20]) Jäger, KO. § 67, Anm. 1.

zu machen sei, mit der vorstehend skizzierten Angriffstaktik unsere Konstruktion über den Haufen zu werfen hoffen, so glauben wir, uns auf folgende Weise verteidigen zu können:

Vor allem bestreiten wir die Behauptung, es bestehe schon vor dem Widerruf eine bedingte Forderung derselben Art, wie sie aus dem Widerruf unseres Erachtens erst zur Entstehung gelangen soll. Der Condictionsanspruch ist vor dem Widerruf überhaupt nicht, auch nicht bedingt vorhanden. Der Widerruf selbst löst nicht erst einen latent gewesenen Anspruch aus, wandelt nicht erst eine bedingte Forderung in eine unbedingte um, ist mit einem Worte nicht selbst die Bedingung zur endgültigen Entstehung der condictio ob causa finitam, wie sie unserer Ansicht nach aus der Aufhebung der fiducia entsteht. Die Entstehung der condictio kann überhaupt von einer Bedingung nicht abhängig sein; der Widerruf ist gar nicht die faktische Bedingung, sondern vielmehr die logisch-rechtliche Ursache des Entstehens der condictio. Allenfalls könnte man den Widerruf als condicio iuris zur Entstehung der condictio bezeichnen. Aber eine condicio iuris ist gar keine Bedingung. Mit demselben Recht könnte man von allen in unserem Recht vorkommenden Kausalzusammenhängen behaupten, daß sie nicht aus Ursache und Wirkung, sondern aus Bedingung und Folge beständen. Ohne auf die subtilen Unterschiede, die sich bei Prüfung dieser Frage ergeben, näher einzugehen, wollen wir versuchen, an einem einfachen Beispiel die Behauptung, der Widerruf sei die Bedingung zur Entstehung der condictio, zu widerlegen: Wenn A dem B eine Schenkung macht, und dieselbe wegen groben Undanks widerruft, so ist dem A bekanntlich nach erfolgtem Widerruf eine condictio ob causam finitam gegen den B gegeben (§ 531 BGB.). Daß der Widerruf hier eine regelrechte Bedingung zur Rückforderung des Geschenkten sei, wird man wohl nicht behaupten können; denn nicht die Parteien machen hier den Eintritt des Erfolges vom Eintritt einer „Bedingung“ abhängig, sondern das Gesetz bestimmt *ohne*, ja selbst *gegen* den Willen der Partei, die Entstehung des Anspruchs auf Herausgabe der Schenkung als rechtliche Wirkung des Widerrufs. Der Widerruf ist kein zukünftiges ungewisses

Ereignis, von dessen Eintritt die Parteien Rechtsfolgen abhängig machen. Zwar ist der Widerruf ein zukünftiges und auch ein ungewisses Ereignis, aber nicht die Parteien, sondern das Recht macht davon Wirkungen abhängig. Wenn man bei diesem im Fall des Widerrufs einer Schenkung genau wie im Falle der Auflösung der fiducia entstehenden Bereicherungsanspruch überhaupt an eine Bedingung denken wollte, dann dürfte man nicht den Widerruf als Bedingung zur Entstehung der condictio ob causam finitam auffassen, sondern allenfalls könnte man in der „Tatsache des groben Undanks" ein Moment erblicken, welches seinerseits den Widerruf bedingen und so indirekt die Condictio zur Entstehung bringen könnte. Wenn man jedoch den „groben Undank" zur Bedingung der Rückgabe des Geschenkes machen wollte, was brauchte es dann noch eines besonderen Widerrufs? Die Schenkung wäre dann einfach durch den Eintritt der Tatsachen, in denen ein grober Undank zu erblicken ist, resolutiv bedingt. Dieses Resultat würde aber dem geltenden Recht widersprechen, da der Widerruf doch schließlich nur ins Ermessen des Schenkers gestellt ist und somit bei Vorhandensein des groben Undanks die Rückforderung des Geschenkes auch ohne weiteres eintreten könnte. Diese Erörterungen sind aber um so müßiger, als es sehr zweifelhaft ist, ob der grobe Undank im Sinne der theoretischen Definition der Bedingung ein „Ereignis" sein kann. Doch wollen wir uns nicht auf das psychologische Gebiet verirren, sondern uns mit der Feststellung begnügen, daß man beim Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks nicht von einer bereits vor erfolgtem Widerruf bedingt bestehenden Rückforderung sprechen kann. Für uns ist das Rückforderungsrecht des Schenkers ein unbedingtes, und das Widerrufsrecht wegen groben Undanks erscheint uns erst recht als „unbedingt" im Sinne der Rechtsanschauungen. Widerruft also beispielsweise der Schenker seine Schenkung wegen groben Undanks, nachdem der Beschenkte in Konkurs geraten ist, so entsteht für den Schenker ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, der vor Konkurseröffnung noch nicht bestand. In diesem praktisch sehr wohl denkbaren Fall ist dann nicht der Beschenkte, sondern die Masse unge-

rechtfertigt bereichert und der Widerrufende ist nicht Konkurs-, sondern Massegläubiger. Auf diese Weise kann er, falls die Bereicherung in der Masse nachgewiesen wird, volle Befriedigung seines Anspruchs erreichen.

Was im Vorangegangenen für den Widerruf einer Schenkung festgestellt wurde, trifft in gleichem Umfange auch für den Widerruf der fiducia zu. Die Möglichkeit aus dem Vertrag zu retrotradieren entfällt mit dem Augenblick, in dem das Fiduciaverhältnis als solches verschwindet. Hingegen entsteht mit dem Widerruf ein neuer, bisher weder bedingt noch unbedingt vorhandener Condictionsanspruch; der also, falls der Widerruf nach Konkurseröffnung erfolgt, sich als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse gegen diese richtet und demgemäß als Masseanspruch nach § 59, 3 KO. zu befriedigen ist. Daß dieser Anspruch im allgemeinen zu genau demselben Resultat führen dürfte, wie der aus der fiducia folgernde Retrotraditionsanspruch, ist zwar ein befriedigendes, doch nicht erstaunliches Resultat. Entsteht doch stets dort, wo Ansprüche aus dem Eigentum infolge Rechtsverschiebung nicht mehr verfolgt werden können, die condictio als vielgestaltiges Hilfsmittel. Auch bei den Treuhandverträgen können wir der condictio als einer ultima ratio iuris nicht entraten. Wir können uns nicht zu der Ansicht bekennen, daß der Widerruf der fiducia nichts weiter bewirken soll, denn ein längst bedingt vorhandenes Recht zum unbedingten zu gestalten, ein latentes Recht zu enthüllen, ein schlummerndes zum Leben zu erwecken. So betrachten wir denn die condictio ob causam finitam als ein aus der Beendigung der causa — daher auch der Name — notwendig resultierendes, theoretisch durchaus neues Recht des Fiduzianten. Unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Widerruf nach Konkurseröffnung erfolgt — wie die Sachlage sich gestaltet, wenn noch vor Konkurseröffnung widerrufen wurde, wird weiter unten zu erörtern sein — richtet sich also der Bereicherungsanspruch des Fiduzianten gegen die Masse und gehört demnach gemäß § 59, 3 KO. zu den Massenansprüchen. Dieses von uns ausführlich genug begründete Resultat bildet sozusagen eine Art von Vermittlung zwischen den

beiden Extremen der Aussonderungsanhänger und Aussonderungsgegner, deren Gründen und Gegengründen ja im ersten Teile dieser Arbeit die gebührende Beachtung geschenkt wurde.

Ganz vereinzelt nur finden sich in der modernen Literatur Ansichten, ähnlich der von uns zur Grundlage der Behandlung des Treuhandvertrags im Konkurs gewählten. So billigt Schollmeyer[21]) dem Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars ausdrücklich einen Masseanspruch auf Rückgabe des Treuguts zu. An Hand der häufig in praxi anzutreffenden Fälle der Zessionen zu Inkassozwecken führt er aus, daß, wenn der Zessionar nach Beitreibung der ihm fiduziarisch zedierten Forderung in Konkurs fällt, die beigetriebene Summe zu seiner Konkursmasse gehöre; folgerichtig habe also der Zedent kein Aussonderungsrecht. Immerhin aber habe der Zessionar im Verhältnis zum Zedenten (nach innen) gar nicht die Stellung des Gläubigers erlangt. Deshalb seien auch die Gläubiger des Zessionars, welche die abgetretene Forderung als Bestandteile der Konkursmasse verwerten würden, zum Nachteil des Zedenten, dem die Forderung materiell gehöre, ungerechtfertigt bereichert. Dieser Bereicherungsanspruch gehöre aber nach § 59, Nr. 3 zu den Masseschulden.

Wenn Schollmeyer behauptet, daß die Forderung „materiell dem Zedenten-Fiduzianten gehöre", so stellt er sich hiermit offenbar auf den Boden der Legitimationstheorie (vgl. oben § 3 a). Um so erstaunlicher ist es, daß er trotzdem zu einem Condictionsanspruch gelangt. Seine Begründung ist leider zu lapidar, um einen Schluß darauf zuzulassen, wie sich Schollmeyer die Entstehung der condictio im einzelnen denkt. Vielleicht ließ sich der erwähnte Schriftsteller aber doch von dem Grundgedanken leiten, daß durch eine mit der Eröffnung des Konkurses meist verbundene Aufhebung des Fiduciavertrags die causa traditionis entfalle und demnach die Masse ungerechtfertigt bereichert sei, ein Ergebnis, zu dem auch wir im Gebiet der fiduziarischen Zessionen gelangen werden. Mit Fischbachs Ansicht[22]), der Schollmeyers Theorie deshalb ablehnt, weil nicht

---

[21]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 362.

[22]) a. a. O. S. 247.

die Masse, sondern der Kridar bereichert sei, können wir uns somit aus dem Grunde nicht einverstanden erklären, weil wir einen Condictionsanspruch gegen den Kridar nur in den Fällen als möglich zulassen, in denen vor Konkurseröffnung ein Widerruf erfolgt sein sollte.

Auf die letztere Möglichkeit kann sofort im Anschluß an die eben behandelte Frage eingegangen werden. Wie wir sahen, liegt in dem Recht des Fiduzianten, dem Fiduziar gegenüber zu kündigen oder zu widerrufen, ein großer Vorteil. Aber dieses Gestaltungsrecht des Fiduzianten birgt auch in gewisser Hinsicht Gefahren in sich. Wenn nämlich der Fiduziant bereits vor Konkurseröffnung gekündigt oder widerrufen, seine condictio ob causam finitam jedoch noch nicht realisiert hat, dann kann er diese condictio nach Konkurseröffnung nur noch als Konkursforderung anmelden; denn nicht die Masse ist dann ungerechtfertigt bereichert, sondern der Fiduziar vor Konkurseröffnung. Deshalb muß der Fiduziant sich sofort nach Kündigung den Retrotraditionsanspruch irgendwie sichern, bei Grundstücken durch eine Vormerkung, bei Mobilien durch Arrest.[23]) Dasselbe empfiehlt sich, falls der Fiduziar kündigen sollte. Auch dies ist eine direkte Folge der Eigenart der fiduziarischen Geschäfte und des Risikos, welches ihnen innewohnt.

Wir werden im folgenden Gelegenheit haben, anläßlich der Behandlung der Zession und des Indossaments zu Inkassozwecken, hierauf, wie auch auf die oben erwähnte Behauptung zurückzukommen, daß wir mit der Ansicht, daß die condictio ob causam finitam als Masseanspruch zu konstruieren sei, nicht ganz allein dastehen.

b) Die Zession und das Indossament zu Inkassozwecken.

Für diese praktisch, äußerst häufigen Anwendungsmöglichkeiten der Fiduciaübertragung ist die Frage der Behandlung im Konkurse des Fiduziars von jeder brennend gewesen, was sich auch — wie erwähnt — in den Kommissionsberatungen zu § 43 KO. gezeigt hat (vgl. oben § 3 b).

[23]) Jäger. KO. § 13 Anm. 4 a. E.

Konkursrechtlich gleichgültig ist es, ob eine Forderung zur Einkassierung zediert oder ein Wechsel zu gleichem Zweck indossiert worden ist. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Arten des Inkassomandats, wie es in Praxi meist genannt wird, liegen auf rein zivil- und wechselrechtlichem Gebiete.[1]) Wir möchten ferner darauf hinweisen, daß das Inkassomandat durch Vollzession oder Indossament wie jedes echt fiduziarische Geschäft den vorwiegenden Interessen des Fiduzianten zu dienen bestimmt ist, sich somit in seinen Wirkungen durchaus von der Vollindossierung von Wechseln und der Zession zugunsten des Fiduziars (Depotwechsel s. u. § 7, 2b) einerseits, andrerseits aber auch von den Fällen der Zession und des Indossaments unterscheidet, bei denen das Forderungs- oder Wechselrecht selbst Ware, selbst Objekt der Rechtsübertragung ist. Diese Abtretung von Wechsel- und anderen Forderungen wird gewöhnlich unter dem Namen Diskontierung zusammengefaßt.[2])

Die Anwendung des Vollindossaments zu bloßen Inkassozwecken beruht, wie die Vollübereignung zu Verwaltungszwecken, auf einem persönlichen Vertrauensverhältnis des Indossanten (Fiduzianten) zum Indossatar (Fiduziar). Das geht auch daraus hervor, daß der Handelsverkehr die fiduziarische Vollindossierung dem in der Wechselordnung eigens zu Inkassozwecken geschaffenen Mittel des Prokuraindossaments (Art. 17 WO.) vorzieht, weil in den Zusätzen „zur Prokura", „zur Einkassierung" und ähnlichen Vermerken allzu leicht der Ausdruck eines gewissen Mißtrauens erblickt wird. Zur Vermeidung solchen Argwohns wählt man eben das Vollgiro ohne Zusatz und drückt hierdurch dem Inkassomandatar sein Vertrauen aus.

Auch dem Inkassomandat liegt, wie schon der Name verrät, ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde.[3]) Die Fiduziaverpflichtungen sind also auch hier stets Auftragsverpflichtungen. Was die retrotraditio anlangt, so fällt hier jedoch die Rückgabe des übereigneten Objekts nach Auftragsbeendigung

[1]) Vgl. hierzu Mögling a. a. O. S. 67 ff.; Fuß S. 134 ff.; Goltz S. 44 ff.

[2]) Vgl. auch Stauffacher a. a. O. S. 56.

[3]) Über solche Treuhandverhältnisse vgl.: R. G. Warneyer 1909, Nr. 84. R. G. in JW. 1906, 109.

fort; denn gerade durch die Erledigung des Mandats wird eine Naturalrestitution des Wechsels unmöglich gemacht. Der Auftrag geht nämlich auf Einkassierung des Wechsels, mithin auf Einziehung der Wechselvaluta gegen Aushändigung des Wechselspapiers. Es ist somit begrifflich ausgeschlossen, aus einem Inkassomandat eines Wechsels nach § 667 BGB. 1. Teil „das zur Ausführung des Auftrags Erhaltene" herauszugeben. Die Herausgabepflicht ist vielmehr hier nur nach der Art des § 667 2. Teil zu beurteilen: sie erstreckt sich lediglich auf das „aus der Geschäftsbesorgung erlangte" Geld. Da der Mandatar-Fiduziar Eigentümer des Wechsels war, ist er auch schon mit der Einkassierung und nicht erst mit der Vermengung des eingezogenen mit eigenem Geld Eigentümer des Erlöses geworden. Da aber die Herausgabe des Erlöses unzweifelhaft Fiduciavertragserfüllung ist, ist der Auftrag mit der bloßen Einkassierung noch nicht beendet. In der Tat wird mit der Herausgabe der Valuta meist noch eine Tätigkeit des Inkassomandatars, z. B. eine Abrechnung, verbunden sein. Es steht also u. E. nichts im Wege, auch hier noch nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Mandatar-Fiduziars dem Mandant-Fiduzianten ein Widerrufsrecht zu geben, durch welches in folgerichtiger Anwendung der Konstruktion des fiduziarischen Geschäfts, wie oben, so auch hier, eine condictio ob causam finitam als Masseanspruch nach § 59, 3 entstehen würde. Dieses Ergebnis ist umso erstaunlicher, als auch hier die Aussonderungsanhänger zu bloßen Konkursforderungen bezüglich der Herausgabe des bereits vor Eröffnung Valutierten gelangen. Auch hier kann mit Nutzen das oben (§ 7, 1 a) angeführte Beispiel des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks herbeigezogen werden. Wie in diesem, so greift auch in unserem Fall ein Masseanspruch nach § 59, 3 Platz. Praktisch werden allerdings auch solche Eventualitäten zu den Seltenheiten gehören. Denn entweder wird die Valuta sofort dem Fiduzianten übermittelt, oder es wird die liquidierte Wechselsumme dem Konto des Mandanten (so ausnahmslos, wenn der Mandatar eine Bank ist, mit der der Mandant in Kontokorrentverkehr steht) gutgeschrieben. Mit dieser Gutschrift ist die Fiduciaverpflich-

tung des Fiduziars erfüllt, ein Widerruf undenkbar geworden, eine neue Verbindlichkeit aus dem Kontokorrent begründet[4]) und im Falle des Konkurses nur eine Konkursforderung gegeben.

Ist der zur Einkassierung indossierte Wechsel jedoch noch nicht eingelöst worden, so treten genau die gleichen Wirkungen ein, wie bei den Verwaltungsverträgen zu treuen Händen. Der Konkursverwalter muß auch hier dem Kridar die auf Vertrauen gegründete Inkassotätigkeit überlassen, besonders wenn derselbe eine Provision bezieht, die dann konkursfreier Neuerwerb wäre. Durch jede Zuwiderhandlung, z. B. durch Weiterindossierung des Wechsels (wozu er natürlich als Vertreter des Kridars im Eigentum die Befugnis hat) macht er die Masse ebenso ersatzpflichtig (§ 59, 1 KO.) wie der Fiduziar es vor Konkurseröffnung getan haben würde. Letzteren Falles entsteht natürlich wiederum nur eine Konkursforderung (vgl. oben § 7, 1 a, S. 38).

Wird dagegen der Inkassoauftrag vom Fiduzianten gekündigt, so kann der noch nicht eingelöste Wechsel aus der Masse nach § 59, 3 KO. beansprucht werden.

Die gleichen Wirkungen wie beim fiduziarischen Vollindossament müssen sich natürlich auch bei der Zession einer Forderung zu Inkassozwecken zeigen.[5]) Auch kann man mit Hilfe unserer Konstruktion bei fiduziarischen Übereignungen von Mobilien und Immobilien zu Veräußerungszwecken zu denselben billigen Resultaten gelangen wie die herrschende Ansicht mit der Aussonderung.

---

[4]) Staub, Komm. z. HGB. § 355 Anm. 2 ff.

[5]) Vgl. inbesondere hierzu: Staudinger BGB. § 675, 2. JW. 1906, S. 109. OLG. Colmar im „Recht" 1906, S. 567. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 3/4. A. § 397, 3 b. gibt übereinstimmend mit unserer Auffassung dem Zedenten nach Widerruf eine condictio ob causam finitam; vgl. die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung. Doch läßt er die Folgen, die er hieraus für den Konkurs des Fiduziars zieht, nicht erkennen. Ebenso befürwortet Fuss a. a. O. S. 135 ein „obligatorisches Rückübertragungsrecht" des Indossanten auf den Wechsel nach Kündigung des Fiduciaverhältnisses, jedoch ebenfalls ohne weitere Schlußfolgerungen konkursrechtlicher Natur zu ziehen.

Sicherlich wird gegen unsere Auffassung, daß Widerruf und Kündigung bei den echten fiduziarischen Geschäften die Fiduziaverpflichtungen, auch soweit sie bereits unerfüllt bestanden, zu beseitigen vermögen, der Einwand erhoben werden, daß dann auch bei nicht fiduziarischen Aufträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen die gleichen Wirkungen eintreten müßten, daß also z. B. mit der Kündigung auch die Verpflichtung des Dienstherrn, für die bereits geleisteten Dienste Lohn zu zahlen (§ 628 BGB.), konsequenterweise erlöschen müßte. Dieser Einwand wäre jedoch nicht durchschlagend, denn § 628 bezweckt ja gerade die Vermeidung der total ex nunc vernichtenden Wirkung bereits entstandener Ansprüche zum Schaden des Dienstverpflichteten und bestätigt nur, daß alle übrigen Ansprüche beseitigt werden. Im Grunde ist genannter Paragraph nichts anderes als eine Anwendung unseres Prinzips, daß alle bereits bewirkten Leistungen nach Aufhebung des Dienstverhältnisses in Kondiktionen ein Äquivalent finden. Denn um bereits bewirkte Dienste ist der Dienstherr ohne Zweifel nach Kündigung ungerechtfertigt bereichert, wenn er keinen Dienstlohn zahlt. Der § 628 entspricht deshalb einer condictio ob causam finitam, die der Fiduziar gegen den Fiduzianten erwirbt. Da dieser Anspruch nach unserer Auffassung auch erst neu mit der Kündigung entsteht, müssen wir ihn dem Kridar nach Konkurseröffnung auch persönlich geben und dürfen ihn nicht zu den Masseaktiva rechnen. Hingegen gehört bereits vor Konkurseröffnung gezahlter Lohn in die Masse. Beim Auftrag (unentgeltlich!) bedarf es natürlich dieser Argumentierung zwecks strikter Durchführung unserer Konstruktion nicht.

Hiermit sind wir am Ende der Betrachtung der echten fiduziarischen Geschäfte im Konkurs des Treuhändlers angelangt und wenden uns nunmehr den sogenannten unechten Treuhandverträgen und ihrer Behandlung im Lichte unserer Konstruktion zu.

2. Die unechten fiduziarischen Geschäfte.

Die eigenartige Gestaltung der echten Treuhandverträge durch einseitige Kündigungs- und Widerrufsrechte der Kontra-

henten beruht auf dem persönlichen Vertrauensband zwischen Fiduzianten und Fiduziar, welches rechtspolitisch, so rasch es geknüpft zu werden vermag, auch mühelos muß durchschnitten werden können. Diese „Personalbasis", wenn wir diesen Ausdruck prägen dürfen, fehlt den unechten Fiduciaverträgen, die eben deshalb, wegen des Mangels an persönlichem Vertrauensverhältnis, nicht zu Unrecht als „unechte" Treuhandgeschäfte bezeichnet werden.

Vielmehr tritt an Stelle der Personalbasis als Kern der fiducia eine Art von „Realbasis", wie man sie bezeichnen könnte. Alle unechten Treuhandgeschäfte dienen nämlich der Sicherung eines Rechtes des Fiduziars, meistens einer Geldforderung. Die allen Treuhandgeschäften eigene Divergenz von Mittel und Zweck motiviert sich aus dem Bestreben der Parteien, dem Gläubiger größere Sicherheit mit einfacheren Mitteln zu gewähren, als unser Gesetz sie kennt. Insbesondere dienen hierzu die unter dem Namen Sicherungsübereignungen viel verbreiteten fiduziarischen Verträge, die nunmehr eingehend zu würdigen sind.

a) Die Sicherungsübereignung insbesondere von Mobilien.

Vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus ist die Sicherungsübereignung von Mobilien in erster Linie ein Surrogat für die unserem BGB. unbekannte Mobiliarhypothek. Die Verpfändung einer beweglichen Sache unter Belassung derselben im Gewahrsam des Verpfänders widerspricht dem Publizitätsprinzip des Pfandrechts. Nach § 1205 BGB. ist es zur Begründung eines Pfandrechts aus einer Mobilie notwendig, daß der Eigentümer des Pfands dieses dem Gläubiger übergibt. Von den Traditionssurrogaten gestattet das BGB. sowohl die brevi manu traditio (§ 1205 Abs. 1 S. 2), als auch eine der Vindikationszession ähnliche Vereinbarung des Gläubigers mit dem mittelbar besitzenden Eigentümer unter Denunziation an den unmittelbaren Besitzer (§ 1205, Abs. 2). Hingegen duldet es nicht den Ersatz der Realübergabe durch constitutum possessorium gemäß § 930 BGB. und hat sich hiermit auf den Boden einer Rechtsanschauung gestellt, die schon vor seinem Inkrafttreten von der

überwiegenden Mehrheit in Literatur und Judikatur vertreten wurde[1]): Ein Pfandrecht nach Art der römischen hypotheca ist unter der Herrschaft des BGB. nicht mehr möglich. Unter dem Drucke dieses Verbots erwies sich deshalb die Anwendung der Sicherungsübereignungen von Mobilien als eine wirtschaftliche Notwendigkeit. Viel bekämpft und heiß umstritten hat sich dieses Rechtsinstitut schließlich durchzusetzen vermocht,[2]) wenn auch in der Beurteilung seiner Eigentümlichkeiten in Theorie wie in Praxis noch große Uneinigkeit herrscht. Umso berechtigter erscheint deshalb der Ruf nach baldmöglichster legislativer Regelung der Mobiliarhypothek.[3]) Die deutsche Gesetzgebung ist in diesem Punkte hinter der ausländischen zurückgeblieben;[4]) doch werden sich gesetzgeberische Maßnahmen auf die Dauer wohl nicht vermeiden lassen.

Während fiduziarische Immobiliarübereignungen einen nicht geringen Bestandteil der echten Treuhandverträge bilden, dürfte es sich unter Hinweis auf die erschöpfende Ausgestaltung der Hypothek im Immobiliarrecht von selber verstehen, daß eine Sicherungsübereignung von Immobilien in praxi zu den Ausnahmen gehören wird.[5]) Das Verbot des constitutum possessorium mußte jedoch zu einer Hemmung des Kreditverkehrs insofern führen, als Gegenstände, deren Gebrauch und Besitz dem Schuldner unentbehrlich waren, der Verwertbarkeit zu Verpfändungszwecken total entzogen wurden. Ein Handwerker, der sein Handwerkszeug, ein Fuhrmann, der seinen Wagen und seine Pferde, ein Kaufmann, der sein Warenlager verpfänden will, sie alle sind zur Fortführung ihrer Erwerbstätigkeit auf den Besitz der betreffenden Mobilien angewiesen.[6]) Um dem „kleinen Mann", wie der landläufige Ausdruck lautet,[7]) die Möglichkeit, auf das

[1]) Nathan a. a. O. S. 32.

[2]) Dobriner, Sicherungsübereignung von Warenlagern S. 11.

[3]) Fischbach S. 118.

[4]) Insbesondere hinter der französischen: Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce v. 17. 3. 09.

[5]) Bonnet a. a. O. S. 5, Hallbauer „Recht" 05. S. 662 führt ein Beispiel für die Si. Ueb. an Grundstücken an.

[6]) Vgl. Mögling a. a. O. S. 7, Fischbach S. 118, Dobriner S. 12.

[7]) Schöndorf DJZ. Bd. 16, 1911, S. 27.

Letzte, was er sein Eigen nennt, Kredit zu erlangen, nicht abzuschneiden, suchte man nach einem Mittel, die fehlende Verpfändung mittels constitutum possessorium zu ersetzen[8]) und fand es in der Sicherungsübereignung.

Der Typus eines Sicherungsübereignungsvertrags ist etwa folgender:

„Sch. überträgt dem G. zur Sicherung einer ent- oder bereits bestehenden Forderung des G. gegen den Sch. Eigentum an einer Mobilie zu treuen Händen, behält aber den Besitz der übereigneten Sache durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB. genannten Art (constitutum possessorium § 930). Bei Nichtbezahlung der fälligen Schuld soll G. das Recht haben, sich aus der Sache in angemessener Weise, sei es durch freihändigen Verkauf, sei es durch Selbstübernahme, sei es nach den Normen über den Pfandverkauf, zu befriedigen. Bei rechtzeitiger Zahlung hingegen soll G. verpflichtet sein, dem Sch. die Sache zurückzuübertragen.“[9])

Wenn einerseits die Sicherungsübereignung ohne Besitzverlust[10]) einem dringenden Bedürfnis des modernen Kreditwesens Abhilfe zu schaffen bestimmt war, so birgt sie andrerseits nicht zu verkennende Schäden in sich. Durch das Umsichgreifen der Sicherungsübereignungen wird den Gläubigern nämlich jeder Maßstab für die Kreditwürdigkeit des Schuldners genommen.[11]) Insbesondere bei Sicherungsübereignungen von ganzen Warenlagern hat sich dies in einer der Verkehrssicherheit höchst gefährlichen Weise bemerkbar gemacht. Mit Fug und Recht hat deshalb das RG. in der neueren Rechtsprechung, auf welche zum Teil bereits oben (§ 3 b) verwiesen wurde, dem Mißbrauch solcher Sicherungsübereignungen einen Riegel vorgeschoben und einer Ausbeutung des Schuldners durch den Gläubiger ebenso wie der Gefährdung des Kredits das wirksame Mittel des Ver-

---

[8]) Zu vgl. Walter S. 14, Leist. S. 9.

[9]) Konkrete Beispiele für Si. Ueb. geben auch: Hallbauer im SARpfl. 07, S. 74, Höniger a. a. O. S. 188. Nathan a. a. O. S. 46.

[10]) Wie Hallbauer (Recht 05, S. 636) sie nennt.

[11]) Bonnet a. a. O. S. 7; vgl. auch Handelsbl. der Frankf. Ztg. 1911 Nr. 235.

stoßes gegen die guten Sitten entgegensetzt[12]). Bedenkt man, in welch prekärer Lage sich der kreditsuchende Schuldner befindet, so kann man wohl verstehen, daß gewisse Sicherungsübereignungsverträge hart an die Grenzen der Sittenwidrigkeit streifen. Im Wesen der Sicherungsübereignung als solcher liegt hingegen niemals ein Verstoß gegen die guten Sitten.

Diesen letzteren von vielen Seiten erhobenen Angriff, sowie auch die übrigen in der Literatur geltend gemachten Einwände gegen die Gültigkeit der Sicherungsübereignung überhaupt, im einzelnen abzuweisen, wäre allein die Aufgabe einer wissenschaftlichen Arbeit. Wir beschränken uns auf das Nötigste:

Vor allem ist der Vorwurf zu entkräften, daß in jeder Sicherungsübereignung eine Gesetzesumgehung liege. Es gründet sich dieser Einwand des in fraudem legis agere in erster Linie darauf, daß in der Sicherungsübereignung ohne Besitzverlust eine Verletzung der Verbotsnorm des § 1205 BGB. zu erblicken sei. Deshalb sei auch der Vertrag nach § 134 BGB. nichtig. Durch die konstante Rechtsprechung des RG.[13]) ist jedoch diese Auffassung ad absurdum geführt worden. Unser Gesetz erkennt ja in § 223, 2 BGB. eine Übertragung von Rechten zur Sicherung von Ansprüchen, implicite also auch die Sicherungsübereignung an, so daß man nicht, wie Nathan, seine Zuflucht zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Sicherungsübereignung zu nehmen braucht.[14])

Ebensowenig wie der Einwand der Umgehung des § 1205 den Glauben an die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung zu erschüttern vermochte, gelang es den Gegnern dieses Rechtsinstituts, in der Berufung auf § 1229 BGB. einen Stützpunkt für ihre Ansichten zu finden. Hierzu läge nämlich erstens nur dann Veranlassung vor, wenn die Art der Vereinbarung der Befriedigung wirklich gegen die lex commissoria verstoßen würde. Dies wird jedoch gar nicht so häufig der Fall sein; denn meist wird der Gläubiger die Sache freihändig verkaufen oder versteigern lassen. Wo

[12]) Von neueren Entsch. sind noch zu nennen: Recht 1911 Nr. 3082; JW. 1913 S. 319, S. 407.

[13]) Vgl. Fischbach S. 159.

[14]) a. a. O. S. 49.

es sich aber um eine sogenannte „Selbstübernahme“ handelt, müssen wir hier schon ausdrücklich betonen, daß in einer solchen Befriedigung weder eine dingliche Wirkung erblickt werden kann (denn der Gläubiger *ist* schon Eigentümer, deshalb kann er es nicht mehr *werden*), noch ein Abschluß eines Kaufvertrags (denn der Kauf der eigenen Sache wäre in dieser Form undenkbar).[15]) Zweitens aber sind wir der Ansicht, daß die Sicherungsübereignung wie alle fiduziarischen Geschäfte, sowohl eine Vertragsgattung für sich darstellt, als auch innerhalb dieser Vertragsgattung durchaus als contractus sui generis anzusehen ist. Deshalb kann man — und dies ist auch die Ansicht der meisten Schriftsteller —[16]) weder mit pfandrechtlichen Normen gegen die Vereinbarung des constitutum possessorium, noch gegen eine der lex commissoria widersprechende Art der Befriedigung des Gläubigers etwas ausrichten. Die viel weiteren Verträge der Sicherung zu treuen Händen lassen sich einfach nicht in den engeren Rahmen des Mobiliarpfandvertrags zwängen.

Beachtenswerter erscheinen uns allerdings jene Angriffe, welche der Sicherungsübereignung von der Seite der Simulation beizukommen suchen. Schon an anderer Stelle ist dieses Einwands Erwähnung getan worden (§ 3 b). Bei der Zerteilung der Wirkung fiduziarischer Übereignungen, wie die herrschende Ansicht sie vornimmt, kann es uns allerdings nicht Wunder nehmen, daß der Vorwurf der Simulation und Dissimulation so oft gegen die Sicherungsübereignung erhoben wurde. Daß das RG. andrerseits diesen aus der Zerteilung der Dinglichkeit eigentlich notwendig resultierenden Einwand in konstanter Rechtsprechung zu entkräften sucht, beweist doch im Grunde, daß es mit den Konsequenzen aus der von ihm vertretenen Theorie nicht recht einverstanden ist.

Nach der von uns für alle fiduziarischen Geschäfte ver-

---

[15]) So auch Hallbauer SARpfl. S. 76.

[16]) u. a. Fischbach S. 185. Dobriner S. 29 ff. Boenheim S. 25 ff. Mögling S. 37 ff. und die dort zit. Schriftsteller. Fischer S. 17 ff. Walter S. 47 ff. Bonenkamp S. 32 ff. Stauffacher S. 63. Hallbauer a. a. O. a. A. Nathan S. 40. Bonnet S. 24 ff.

suchten Konstruktion erledigt sich der Einwand des Scheingeschäfts quasi von selbst. Für uns ist die dingliche unbeschränkte und ungeteilte Wirkung der traditio auch bei der Sicherungsübereignung Ausdruck eines bewußten Willens der Parteien. Von einer Simulation oder Dissimulation kann keine Rede sein: „Die Sicherungsübereignung ist ein Spiel mit offenen Karten“.[17]) Das Eigentum ist vollgültig auf den Fiduziar übergegangen, und wenn man vielleicht auch von einer wirtschaftlichen Simulation oder Dissimulation sprechen kann,[18]) rechtlich ist der Vorwurf des Scheingeschäfts bei der reinen Sicherungsübereignung grundlos. Für einen speziellen Fall des Sicherungsübereignungsvertrags ist jedoch der Vorwurf der Simulation mit Grund geltend gemacht worden, nämlich für den sogenannten „Sicherungskauf“. Davon soll an anderer Stelle die Rede sein.

Um die Wirkungen des Konkurses auf die Sicherungsübereignung zu beobachten, legen wir jenen Fall zugrunde, bei dem ein constitutum possessorium nicht vereinbart wurde, sondern der Fiduziant-Schuldner dem Fiduziar-Gläubiger einfach das Sicherungsobjekt zu Eigentum tradiert, ohne den Besitz zu behalten. Zwar sind diese Arten einer Sicherungsübereignung in praxi selten, weil ja das Institut des Pfandrechts mit weniger Risiko für den Schuldner die gleiche Sicherheit für den Gläubiger zu gewähren vermag.[19]) Doch bietet die Eigentümerstellung des Fiduziars andere Vorteile, so insbesondere den des freihändigen Verkaufs, sowie der Möglichkeit, die Forderung des Gläubigers durch Verzicht des Schuldners auf den obligatorischen Retrotraditionsanspruch zu tilgen und ist deshalb auch ohne Besitzkonstitut des Schuldners günstiger wie die des Pfandhalters. Die Vereinbarung eines constitutum possessorium tritt als zweiter Vertrag neben diesen Grundsicherungsübereignungsvertrag und verändert in keiner Weise das Wesen der fiducia, wenn es auch ihren Verpflichtungen weitere bezw. engere Grenzen zieht. Wir können also auch für die Betrachtung der

[17]) So Regelsberger, ArchZivPr. Bd. 63, S. 171.

[18]) So Goltz a. a. O. S. 22.

[19]) Vgl. insbes. hierzu Hallbauer, Recht S. 633 ff.

Sicherungsübereignung im Lichte unserer Konstruktion diesen zweiten Vertrag zwischen Fiduzianten und Fiduziar vorerst außer acht lassen und erst später seine Folgen im Konkurs des Treuhänders feststellen.

Wie bei den echten Treuhandgeschäften bewirkt auch bei den unechten die traditio den vollen Rechtsübergang. Hingegen unterscheidet sich die causa der traditio bei den Verwaltungsverträgen zu treuen Händen und den Inkassomandaten wesentlich von der causa traditionis bei der Sicherungsübereignung und dem (später zu besprechenden) Depotwechsel. Dort ist der Kern der fiducia das persönliche Verhältnis des Fiduzianten zum Fiduziar gewesen, hier dagegen ist das essentiale der ganzen fiducia in der Existenz einer F o r d e r u n g, also in einer Realbasis im Gegensatz zur Personalbasis der echten Treuhandverträge zu erblicken. Diese Forderung nun besteht entweder bereits bei Abschluß des Fiduciavertrags, oder sie entsteht erst durch Abschluß desselben, bzw. gelegentlich dieses Abschlusses. Um diese Forderung zu sichern, erfolgt die traditio. Bei den echten fiduziarischen Geschäften war die retrotraditio bedingte Fiduciaerfüllungshandlung, bedingt nämlich durch die Erreichung des Verwaltungs- bezw. Mandatserfolges. Bei der Sicherungsübereignung ist die retrotraditio ebenfalls eine aus der fiducia sich ergebende Erfüllungshandlung. Nur ist sie hier nicht bedingt durch die Erreichung eines Erfolgs durch Tätigkeit des Fiduziars, sondern vielmehr durch die Erfüllung einer Voraussetzung infolge einer Tätigkeit des Fiduzianten. Diese Tätigkeit besteht in der Tilgung der gesicherten Forderung. Bei den echten Treuhandgeschäften fanden wir also eine Tätigkeit des Treuhänders im Interesse des Treugebers, bei den unechten finden wir eine Tätigkeit des Treugebers im Interesse des Treuhänders. Beide Tätigkeiten sind Fiduciaerfüllungshandlungen, beide Interessen sind Vertragsinteressen. In diesem Unterschied liegt der Grund für die notwendig gesonderte Behandlung dieser beiden Arten fiduziarischer Geschäfte im Konkurs des Treuhänders. Und in eben demselben Unterschied finden wir auch die Berührungspunkte zwischen echter und unechter Treuhandschaft. Denn hier wie dort ist die retrotraditio

Erfüllungshandlung aus der fiducia. Hier wie dort führt der Eintritt bestimmter Voraussetzungen zum endgültigen Entstehen einer bereits vorher bedingt gewesenen Rückübertragungspflicht.

Aber es zeigt sich bei den Sicherungsübereignungen eine weitere Besonderheit. Es entsteht nämlich mit der Tilgung der Forderung durch Bezahlung der Schuld seitens des Fiduzianten zwar einerseits die Verpflichtung zur retrotraditio. Es entsteht jedoch mit Unterlassung dieser „Tilgungstätigkeit" nicht etwa ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung, sondern es ist der Fall, daß der Fiduziant von seiner Tilgungsbefugnis keinen Gebrauch macht, sei es, weil er nicht will, sei es, weil er nicht kann, im Fiduciavertrag selbst vorgesehen. Die Nichtausübung der Tilgungsbefugnis des Fiduzianten hat nämlich ihrerseits eine Ausübung der Verwertungsbefugnis des Fiduziars zur Folge. Der Fiduziant-Schuldner hat es mit anderen Worten in der Hand, den Fiduciavertrag auf die eine oder die andere Weise zur Beendigung zu bringen. Bezahlt er, so entsteht die Pflicht des Gläubigers zur retrotraditio, bezahlt er nicht, so entsteht das Recht des Gläubigers zur Verwertung. Da aber der Schuldner wählen darf, auf welche von beiden Arten er das Fiduciaverhältnis lösen will, es sich also um eine Art facultas alternativa des Fiduzianten handelt, hat der Gläubiger nicht nur das Recht, bei nicht rechtzeitiger Zahlung der fälligen Schuld das übereignete Objekt zu versilbern oder anderweitig laut Vertrag seine Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand zu verlangen, sondern ihm liegt auch die Pflicht ob, diese Verwertung vorzunehmen und den Vertrag hierdurch so zu beenden, wie der Schuldnerfiduziant es wünscht.[20]) Es ist auch die Verwertungspflicht Fiduciaerfüllungspflicht, genau wie die Retrotraditionspflicht es ist: Zwei Berechtigungen, den Vertrag zu beenden, stehen dem Fiduzianten zu, zwei entsprechende Verpflichtungen liegen dem Fiduziar ob.

Die Erfüllungen der Alternativrechte des Fiduzianten sind

---

[20]) Vgl. Hallbauer, SARpfl. S. 196.

jedoch nicht als Leistungen, und die der Alternativpflichten des Fiduziars nicht als Gegenleistungen, wie etwa Kaufpreiszahlung und Kaufobjektsübergabe, zu betrachten. Denn der Fiduciavertrag ist kein gegenseitiger Vertrag. Vielmehr ergibt sich aus der fiducia der Sicherungsübereignung nur die Verpflichtung des Fiduziars, entweder zu retrotradieren oder sich zu befriedigen. Der jeweilige Inhalt der Fiduciaerfüllungspflicht ist durch die facultus alternativa des Fiduzianten bedingt. Es entsteht also durch die Sicherungsübereignung ein bedingter Vertragsanspruch und zwar ein einseitiges Recht des Fiduzianten. Der Fiduciavertrag ist ein einseitiges Rechtsverhältnis. Ein gegenseitiger Vertrag ist undenkbar. Eine Forderung liegt der fiducia zugrunde, also ein Recht im Interesse des Fiduziars. Durch die Entstehung oder das Bestehen dieses einseitigen Rechtes kam der fiduziarische Vertrag zustande. Durch einen contrarius actus, die Ausübung eines einseitigen Rechts des Fiduzianten, wird dieser Vertrag wieder beseitigt. Ebensowenig aber, wie ein Darlehensvertrag durch Pfandbestellung zum contractus bilateralis aequalis wird, ebensowenig wird es die fiducia durch die Pflicht des Fiduziars zur retrotraditio.[21])

Hierin liegt der Schlüssel zur Behandlung der Sicherungsübereignung im Konkurs des Fiduziars. Vor allem ergibt sich aus rein konkursrechtlichen Gründen, warum ein Sicherungskauf — worauf wir oben (§ 7, 2 a) bereits hinwiesen — immer als simulierter Vertrag angesehen werden muß. Diesem früher sehr beliebten Sicherungsübereignungsvertrag liegt folgender Typus zugrunde:[22])

A schuldet dem B ein Darlehen von 1000 Mark mit 5 % verzinslich und rückzahlbar nach einem Jahr. Zur Sicherung dieser Forderung „verkauft“ A dem B seine Fabrikmaschinen im Werte von 2000 Mark zum Preise von 1000 Mark. Die „Kaufpreisforderung“ wird gegen die Darlehensschuld aufgerechnet, dem Schuldner-„Verkäufer“ der Besitz der Maschinen

[21]) So auch Jäger K.O. § 17 Anm. 2.

[22]) Andere Beispiele s. bei Nathan S. 47.

mietweise überlassen. Der „Mietzins“ deckt sich in der Regel mit den jährlichen Darlehenszinsen. Ferner wird dem Schuldner ein Wiederkaufsrecht an den in seinem Besitz gebliebenen Maschinen eingeräumt.[16]) Übt der Schuldner dieses Wiederverkaufsrecht aus, so lebt die bereits erloschene Darlehensschuld wieder auf und muß alsdann natürlich valutiert werden. Die Valutierung ist identisch mit der Wiederkaufpreiszahlung.[23]) — Mit Recht weist Hallbauer auf die unnatürliche Konstruktion solcher Sicherungskäufe hin. In der Tat sind solche Sicherungsübereignungen „juristische Angstprodukte“; niemals wollen die Parteien ernstlich einen Kauf mit Wiederkauf und es ist in der Literatur[24]) wie in der Rechtsprechung[25]) der Scheingeschäftscharakter des sogenannten Sicherungskaufes durchweg anerkannt. Da sich aber unter dem simulierten Kauf eine ernstlich gewollte Sicherungsübereignung abstrakter Natur verbirgt, bleibt dieser dissimulierte Vertrag natürlich gültig (§ 117, 2 BGB.)[26]).

Daß die Parteien niemals einen Kauf mit Wiederkaufsrecht des Fiduzianten abschließen wollten, ergibt sich wohl am deutlichsten aus den unmöglichen Wirkungen, die ein solcher Vertrag im Konkurs des Fiduziars zur Folge haben würde. Denn im Falle des Treuhänderkonkurses bestände dann ein regelrechter synallagmatischer Vertrag, der noch von keiner Seite weder vom Fiduziar noch vom Fiduzianten erfüllt wäre. Was wäre die seltsame Folge? Daß der Konkursverwalter nach § 17 KO. von seinem Wahlrecht Gebrauch machen könnte und also auch die Erfüllung des Wiederkaufvertrags einfach ablehnen könnte.[27]) Hiernach würde der Fiduziant-Wiederkaufsberechtigte auf eine bloße Konkursforderung als Ersatz des ihm entstehenden Schadens, nämlich des Verlustes der übereigneten Sachen, angewiesen sein (§ 26, 2 KO.), ohne auch nur die Mög-

---

[23]) Hallbauer a. a. O.

[24]) Vgl. Fischbach a. a. O. S. 147, Nathan S. 54.

[25]) Vgl. Komm. der RGR. § 930, Anm. 5.

[26]) So entschied ausdrücklich: OLG. Colmar in ElsLothrZ. Bd. 33, 339.

[27]) Vgl. Jäger KO. § 17, Anm. 19.

lichkeit zu haben, durch Tilgung der Schuld die retrotraditio der Treuhandobjekte zu erzwingen. Daraus, daß die Parteien ein solches Resultat, falls sie es voraussehen würden, niemals gewünscht haben würden, ergibt sich wohl am besten der Scheincharakter des ganzen Sicherungskaufes.

Die fiducia der Sicherungsübereignung ist also — um es nochmals zu betonen — ein einseitiges Vertragsverhältnis und zwar ruht es auf einer Realbasis, nämlich der Existenz der gesicherten Forderung. Hieraus, nämlich aus dem Nichtvorhandensein einer Personalbasis, ergibt sich vor allem die Unanwendbarkeit der bei den echten Treuhandgeschäften zulässig gewesenen einseitigen Aufhebungsrechte des Widerrufs oder der Kündigung. Solche Rechte setzen ein persönliches Verhältnis wie Auftrag oder Dienstvertrag voraus. Ein solches Verhältnis ist jedoch in der Verwertungsbefugnis des Fiduziars nicht zum Ausdruck gebracht. Immerhin wäre es auch bei den Sicherungsübereignungen denkbar, daß die Forderung durch andere einseitige Rechtshandlungen der Parteien verschwinden könnte und mit der Existenz der Forderung zugleich auch die fiducia ihr Ende finden würde. So kann z. B. der Fiduziar die Forderung vor Konkurseröffnung erlassen haben. Dann wäre allerdings die causa der traditio beseitigt, aber da nicht die Masse, sondern der Fiduziar ungerechtfertigt bereichert wäre, entstünde bloß eine Konkursforderung, keine Masseschuld nach § 59, 3 KO.[28]). Nach Konkurseröffnung aber kann der Kridar nach § 7 Abs. 1 KO. überhaupt nicht mehr über sein Vermögen verfügen und auch die Forderung nicht mehr erlassen. Möglich könnte auch eine Anfechtung des Forderungsentstehungsvertrages seitens des Fiduzianten sein, z. B. die Anfechtung des Kaufvertrags, aus dem die Forderung stammt, wegen arglistiger Täuschung. Doch auch eine solche Aufhebung würde keine condictio ob causam finitam gegen die Masse, sondern nur eine Konkursforderung begründen; denn die Anfechtung wirkt im Gegensatz zur Kündigung ex tunc (§ 142 BGB.). Es ist dem-

[28]) So Fischer S. 31; Schollmeyer, Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverh., 2. Aufl., ist auch für diesen Fall der Ansicht, daß eine condictio aus ungerechtfertigter Bereicherung entsteht.

nach mit derartigen Condictionsansprüchen im Fall der unechten Treuhandverträge nichts gewonnen.

Aber wir bedürfen auch gar keiner einseitigen Gestaltungsrechte der Parteien, insbesondere des Fiduzianten zur Erzielung billiger Ergebnisse im Konkurs des Fiduziars. Ohnehin gelangen wir zu befriedigenden Lösungen. Wir bemerkten bereits, daß die Retrotraditionspflicht des Fiduziars durch Zahlung der Schuld seitens des Fiduzianten bedingt sei. Die Forderung aus diesem Schuldverhältnis steht dem Fiduziar zu; ihr entspricht keine Gegenforderung des Fiduzianten, sondern die Rückübereignung ist die einzige Folge aus dem Fiduciavertrag, suspensiv bedingt durch die Tilgung der Schuldsumme. Wir haben stets mit einem einseitigen Rechtsverhältnis zu tun und ein solches wird durch Konkurseröffnung nicht berührt, es sei denn, daß es sich um die Ausnahme des § 23 KO. handelt; ein „von dem Gemeinschuldner erteilter" Auftrag oder Dienstvertrag liegt jedoch hier nicht vor; ebensowenig ein „dem Gemeinschuldner erteiltes Mandat."

Was nun die Erfüllung der Retrotraditionspflicht nach Konkurseröffnung anlangt, so bedarf es zur Vornahme dieser Handlung keines besonderen Vertrauens. Da ja bei den Sicherungsübereignungen die Tätigkeit des Fiduzianten die Retrotraditionspflicht suspensiv bedingt, entfällt das Postulat der subjektiven Unersetzbarkeit, wie wir es bei den echten Treuhandverträgen aufstellten. Also kann sehr wohl der Konkursverwalter an Stelle des Kridars rückübereignen; und nicht nur das: falls überhaupt retrotradiert wird, so muß der Verwalter nach § 6 KO. die retrotraditio vornehmen; denn nach genanntem Paragraphen darf der Kridar ja gar nicht mehr über sein Vermögen nach Konkurseröffnung verfügen.

Aber ist denn der Verwalter eigentlich verpflichtet, das Sicherungsobjekt gegen Tilgung der Schuldsumme in natura zu restituieren? Ist nicht vielmehr das Rückforderungsrecht des Fiduzianten bloße Konkursforderung? In der Tat ist sie es; denn, wenn die Retrotraditionspflicht auch suspensiv bedingt ist, so war sie doch vor Konkurseröffnung bereits begründet (§ 3 KO.) und die Anwartschaft auf die retrotraditio ist deshalb

nach § 67 KO.[29]) durch Hinterlegung der Dividende zu sichern. Wird die Forderung des Gläubiger-Kridars nach Konkurseröffnung fällig, so erhält der Fiduziant die Dividende ausbezahlt; er erhält sie sofort, wenn die Forderung bereits vor Konkurseröffnung fällig war. Die von ihm an die Masse zu zahlende Summe wird aufgerechnet, wobei wohl gewöhnlich der Fiduziant schlechter weg kommt als die Masse. Diese Tatsachen sind eigentlich die logischen Folgerungen aus der Feststellung, daß der Fiduziant nur eine Konkursforderung, sei es bedingt, sei es unbedingt, hat. Also müßte man auch Jäger zustimmen, wenn er sagt,[30]) daß der Treugeber aller Billigkeit zuwider selbst in dem Falle, daß die gesicherte Forderung schon vor Konkurseröffnung erloschen war, darauf beschränkt sei, seinen Anspruch auf Rückgabe des Treupfands als bloßer Konkursgläubiger nach § 69 KO. zu verfolgen. Aber es ist diese Ansicht doch nicht zutreffend. Denn mag nun die Forderung vor Konkurseröffnung erloschen, d. h. getilgt sein, oder mag sie noch ungetilgt bestehen, stets ist und bleibt die Retrotraditio eine Fiduciavertragserfüllungshandlung. Die fiducia aber endet nicht durch Konkurseröffnung. Auch kein Ablehnungsrecht nach § 17 KO. ist dem Verwalter gegeben; denn die fiducia ist kein synallagmatischer Vertrag. Vielmehr würde der Verwalter durch Verwertung des Objekts, ohne daß die Voraussetzungen für die Verwertung d. h. Zahlungsunfähigkeit oder -Unwilligkeit des Schuldner-Fiduzianten bestänaen, die Erfüllung der fiducia schuldhaft unmöglich machen.[31]). Wenn aber die Erfüllung unmöglich wird, kann auch keine Konkursforderung als Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden. An Stelle des Anspruchs auf Erfüllung tritt nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ist letzterer nun auch nur Konkursforderung oder ist er Masseanspruch? Wäre die Nichterfüllung der fiducia „die Folge der Konkurseröffnung", so entstünde nach

[29]) Jäger, KO. § 67, Anm. 1.

[30]) Dortselbst KO. § 43, Anm. 44.

[31]) Dasselbe Ergebnis fanden wir bereits oben bei den echten Treuhandgeschäften.

§ 26 KO. natürlich nur eine Konkursforderung wegen der Nichterfüllung. Aber wir sahen ja bereits, daß durch die Konkurseröffnung die fiducia nicht gelöst wird. Verwertet mithin der Verwalter das Treupfand, so übt er zwar an sich ein Recht des Konkurses aus, aber dieses Recht kollidiert unzweifelhaft mit seiner Pflicht, das Bestehenbleiben der fiducia zu respektieren. Er kann einfach das übereignete Objekt nicht anders verwerten, als zugleich auch die Fiduciaerfüllung unmöglich zu machen; und er kann andrerseits die fiducia nur dadurch erfüllen, daß er das Treupfand nicht verwertet. Verwertet er es aber, so entsteht zugleich mit dem Unmöglichwerden des Retrotraditionsvorgangs ein Anspruch auf Ersatz des dem Fiduzianten erwachsenen Schadens und zwar infolge einer Handlung des Verwalters, die nicht eine rechtmäßige Folge der Konkurseröffnung, sondern eine rechtswidrige Überschreitung der dem Verwalter durch § 6 KO. eingeräumten Vertretungsmacht für den Kridar ist. Aus solchen Handlungen entstehen aber — wie bereits oben § 7, 1 a dargelegt wurde —, stets Masseansprüche nach § 59, 1 KO. Der Anspruch auf Ersatz des durch eventuell unbefugte Verwertung entstehenden Schadens ist also gegen die Masse zu richten.

Diese Masseschuld unterscheidet sich von dem im Falle der Kündigung oder des Widerrufs eines echten Fiduciavertrags entstehenden Kondiktionsanspruch nach § 59, 3 hauptsächlich dadurch, daß im Fall der Verwertung der Sache eine Naturalrestitution des entstandenen Schadens eo ipso ausgeschlossen ist, während bei den Masseansprüchen nach § 59, 3 die retrotraditio in natura sehr wohl erfolgen kann. Dieser Nachteil wird aber durch einen Vorteil ausgeglichen. Die Stellung des Fiduzianten als Massegläubiger nach § 59, 1 ist nämlich insofern der nach § 59, 3 vorzuziehen, als es bei ersterer auf eine „Nochbereicherung" der Masse gar nicht ankommt.[32]) Selbst wenn also der Konkursverwalter durch die Verwertung des Objekts 1000 Mk. erzielt (welcher Erlös natürlich zur Masse gehört), das Objekt selbst dagegen für den Fiduzianten einen nachweisbaren Wert

[32]) Jäger, KO. § 59 Anm. 1.

von 1500 Mk. hat, so geht die Masseforderung des letzteren auf 1500 Mk. nicht nur auf 1000 Mk., wie bei einer condictio. Die Masse wäre also glatt um 500 Mk. geschädigt. Daher wird der Verwalter gut tun, die Sache nicht zu verwerten, sondern sie lieber gegen Zahlung der Schuld durch den Schuldnerfiduzianten zu restituieren. Übrigens würde er sich durch die schuldhafte Schädigung der Masse persönlich nach § 82 KO. verantwortlich machen.[33])

Selbstverständlich braucht der Verwalter das Treupfand nur gegen Zahlung der fälligen Schuldsumme zu retrotradieren. Über die Frage der Fälligkeit wird weiter unten gesprochen werden. Ist die Schuld aber fällig, so muß der Fiduziant zahlen, um den Verwalter zur Retrotradition zu zwingen. Zahlt er nicht, so wird die fiducia nicht beendet, sondern es tritt nunmehr der Fall der zweiten Alternative ein: Nun darf der Konkursverwalter nicht nur verwerten, er muß es sogar; denn es hängt vom Fiduzianten ab, wie er seine Schuld lösen will. Aus dem Erlös behält der Konkursverwalter soviel für die Masse, wie die Forderung nebst Zinsen und Kosten beträgt. Den Rest hat er — meist ist dies im Vertrag fixiert — an den Schuldnerfiduzianten herauszugeben. Und zwar ebenfalls als Masseschuld; nicht etwa als bloße Dividende. Denn wenn schon einmal der Fiduziant die Erfüllung der fiducia nach der zweiten Alternative wählt, so muß auch der Konkursverwalter diese Erfüllung ebenso bewirken, wie der Fiduziar es getan haben würde und es hätte tun müssen. Dieser Fall entspricht dem von uns (in § 7 1 b) behandelten, wo der zum Inkasso indossierte Wechsel noch in der Masse ist und nun vom Fiduziar als persönlich Beauftragtem einkassiert wird. Hier tritt einfach an Stelle des Fiduziars der Konkursverwalter, weil es zur Veräußerung des Objekts mangels Zahlung keines besonderen

[33]) Fischer a. a. O. S. 83 ist der einzige Schriftsteller, der es versucht hat, auf Grund ähnlicher konkursrechtlicher Erwägungen Masseansprüche zu konstruieren; doch ist er (so auch Jäger § 43, A. 44) der Ansicht, daß aus einer Verwertung, die nur eine „Ausübung der Rechte des Verwalters" darstelle, auch nur Konkursforderungen begründet werden können.

Vertrauens des Fiduzianten zum Fiduziar mehr bedarf. Aus den Handlungen aber, die der Konkursverwalter nach Konkurseröffnung an Stelle des Kridars vornimmt, entstehen Masseverbindlichkeiten nach § 59, 1.[34]) Verkauft daher der Konkursverwalter die Sache grobfahrlässig zu Schleuderpreis, so würde er sowohl persönlich, als auch die Masse dem Fiduzianten verpflichtet werden, den Schaden zu ersetzen, den der Fiduziant durch die Verschleuderung erleidet.[35])

Veräußerte hingegen der Fiduziar die Sache in Ausübung des zweiten Alternativrechts bereits vor Konkurseröffnung, so ergibt sich aus demselben Grunde nur eine Konkursforderung des Fiduzianten. Denn Handlungen des Kridars vor Eröffnung begründen stets Konkursforderungen, und der Kridar ist bereits vor Konkursfall Eigentümer des Erlöses geworden.[36])

Wir gingen bis jetzt von der Annahme aus, daß der Fiduziar die zur Sicherung übereigneten Sachen auch selbst in Besitz genommen hatte. Nun werden aber Sicherungsübereignungen in praxi fast stets ohne Besitzverlust des Übereigners vorgenommen. Durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts, meist Miete oder Leihe, verbleibt dem Fiduzianten der unentbehrliche Gebrauch der Sicherungsobjekte.

Auf die mannigfachen Streitfragen, die sich außer den bereits oben (S. 67 ff.) gestreiften an die Übergabe durch Besitzkonstitut knüpfen, kann hier nicht eingegangen werden.[37]) Für uns entsteht nur die Aufgabe, die Wirkungen des Konkurses auf das Besitzverhältnis des Fiduzianten zum Fiduziar zu prüfen.

---

[34]) So entscheidet auch Hallbauer (SARpfl. S. 266), allerdings ohne nähere konkursrechtliche Begründung.

[35]) Übereinstimmend Fischer a. a. O. S. 83; derselbe steht bezüglich der „hyperocha“ — wie schon erwähnt — (Anm. 33 dieses Paragraphen) auf anderem Standpunkt. S. 82.

[36]) Ebenso Hallbauer (s. o.).

[37]) Zu vgl. insbes.: für das constitut. poss. bei der Si. Üb. von Warenlagern mit wechselndem Bestand: RGZ. 56, 52, Recht 12 Nr. 2045; LZ. 11 S. 83 Nr. 6; JW. 11 S. 762 Nr. 71; ferner JW. 10 S. 141; Recht 10 Nr. 3927; LZ. 13 S. 231; Staudinger zu § 930; Staub, Komm. z. HGB. § 368 A. 97.

Hat der Fiduziant den Mietgebrauch der Sache behalten, also gegen Entrichtung einer Gebrauchsvergütung (die meist den Zinsen der Forderung entspricht, vgl. oben), so findet § 21 KO. Anwendung. Der Mietvertrag bleibt bestehen, bis er vertragsmäßig beendet werden kann. Wann ist nun der Mietvertrag beendet? Offenbar dann, wenn die Forderung fällig ist und die Schuld getilgt werden muß. Die Fälligkeit der gesicherten Forderung ist lediglich Tatfrage und hängt von den Vertragsbestimmungen ab. Das allerdings steht fest und indiskutabel, daß die Forderung des Fiduziars durch Konkurseröffnung über dessen eigenes Vermögen nicht fällig wird, und also auch der mit der Fälligkeit beendete Mietvertrag durch die Konkurseröffnung nicht ein Ende erreicht. Es ist geradezu unverständlich, wie Mögling in seiner sonst wertvollen Abhandlung[38]) die Behauptung aufstellen konnte, die durch Übereignung gesicherte Forderung werde gemäß § 65 KO. (!) mit Konkurseröffnung fällig. Es handelt sich doch nicht um eine „Konkursforderung", nicht um ein Vermögensaktivum eines Konkursgläubigers (Achter Titel der KO.), sondern um ein Masseaktivum, um eine Forderung des Kridars. Natürlich wirkt die Konkurseröffnung auf Forderungen der Masse in keiner Weise bezüglich der Fälligkeit ein. Die an sich vielleicht recht anerkennenswerten Versuche Möglings, auf dieser „irrigen" Ansicht — um einen milden Ausdruck zu gebrauchen — eine neue Theorie aufzubauen, müssen deshalb als durchaus verfehlt gelten. Erstaunlicherweise übersieht auch Fischbach in seinem ausgezeichneten Buch[39]) die Abwegigkeit der Mögling'schen Argumentierung und seine Bemühungen, die Mögling'sche Konstruktion mit juristischen Gegengründen umzustürzen, sind schon deswegen vergebliche Arbeit, weil ja diese Auffassung Möglings auf der Verwechslung des grundlegenden Unterschieds zwischen Masseaktiva und Konkursforderungen beruht, also juristisch von Anfang an unmöglich ist.

Die Miete endigt also nicht mit der Eröffnung des Kon-

[38]) Der bereits oft zitierten Monographie: Das fiduziarische Rechtsgeschäft Tübinger Diss. 08, S. 84.

[39]) Treuhänder und Treuhandgeschäfte S. 244/245.

kurses. Endigt sie dadurch, daß die gesicherte Forderung nun nach Fiduciavertrag fällig wird, so wird der Zustand hergestellt, der bei dem von uns ausführlich behandelten Fall der Sicherungsübereignung mit Besitzverlust besteht. Eigentlich müßte der Fiduziant dem Konkursverwalter die Sache herausgeben; jedoch kann er durch Zahlung der Schuld die Herausgabe abwehren und der Konkursverwalter die Retrotraditio durch eine brevi manu traditio (§ 929 S. 2 BGB.) ersetzen. Im übrigen werden natürlich Pflichten und Rechte aus der fiducia durch das Besitzkonstitut in keiner Weise berührt.

Ist der Gebrauch der Sicherungssache dem Fiduzianten unentgeltlich überlassen, so handelt es sich um eine Leihe. Streitig wäre hierbei nur, ob der Konkursverwalter den Leihvertrag nicht nach § 605 Ziffer 1 BGB. kündigen könnte. Wir möchten mit Hallbauer [40]) diese Frage verneinen und kämen so bezüglich der Leihe zu demselben Ergebnis wie bei der Miete.

Ein weiterer Anwendungsfall der unechten Treuhandverträge ist

b) Der Depotwechsel.[1])

Derselbe ist eine Abart der Sicherungsübereignung, eine Art Sicherheitswechsel. Er wird ausgestellt zum Zweck der Sicherung für eine noch nicht bestehende, künftig in Aussicht genommene, in ihrer Höhe noch nicht sicher festzustellende Schuld, aber doch bereits für eine bestimmte Summe, welche die Maximalhöhe der zu kontrahierenden Schuld bietet. Hat diese Schuld des Verpflichteten dem Wechselinhaber gegenüber die Höhe der Wechselsumme erreicht, so soll der letztere meist den Wechsel an Zahlungsstatt behalten und damit die Schuld erloschen sein. Einen etwaigen Überschuß hat der Fiduziarwechselinhaber auch hier herauszugeben.

Unserer Auffassung nach unterscheidet sich der Sicherheitswechsel von der Sicherheitsübereignung hauptsächlich da-

---

[40]) Recht 05, S. 633 ff.

[1]) Das Nähere über Depotwechsel bei Staub, Komm. z. WO. Art. 4, A. 57, Art. 82, A. 27, 69.

durch, daß die erste Alternative der Zahlung der Schuld und der retrotraditio nicht in der Absicht der Parteien liegt. Lediglich soll der Gläubiger-Fiduziar sich aus dem Wechsel befriedigen dürfen, und es kommen deshalb alle Folgen, die sich aus der zweiten Alternative der fiducia bei der Sicherungübereignung von Sachen ergaben, auch für den Depotwechsel in Betracht. Wenn also der Konkursverwalter den Wechsel einlöst, so muß er den Überschuß in Erfüllung der fiducia nach § 59, 1 KO. als Masseschuld begleichen. Trotzdem der Fiduziant hier dem Fiduziar eine Art „Ermächtigung" gibt, liegt natürlich im Depotwechsel kein Inkassomandat wie bei den echten Treuhandgeschäften. Von einer „Widerrufbarkeit" kann deshalb nicht die Rede sein; denn es liegt gar kein Auftrag zwischen Fiduziant und Fiduziar vor.[2])

Schluß.

Rückblick und Ausblick.

Hiermit sind wir am Ende unserer Betrachtungen angelangt und hoffen unser anfangs gegebenes Versprechen, die fiduziarischen Geschäfte im Konkurse des Treuhänders vom rein konkursrechtlichen Gesichtspunkt aus zu beurteilen, wenigstens insofern erfüllt zu haben, als wir uns streng an die Vorschriften der Konkursordnung gehalten haben. Ob allerdings die hinsichtlich der fiduziarischen Verträge, insbesondere hinsichtlich der Behandlung der Treuhandwerte im Konkurse des Fiduziars erzielten Ergebnisse Anspruch auf praktische Verwertbarkeit machen dürfen, soll dahingestellt bleiben. Wie wir bereits betonten, ist unsere Art der Behandlung alles andere wie einfach, und gerne geben wir zu, daß sich die behandelten Probleme vom Standpunkt der Aussonderungstheorie um vieles leichter lösen lassen. Darum will auch unsere Konstruktion nur als theoretischer Versuch auf konkursrechtlichem Gebiete gelten, als Versuch, dessen praktischer Durchführbarkeit ohne Zweifel die Kompliziertheit seines Aufbaues im Wege steht.

[2]) Vgl. Kommentar der RGR. § 671, Nr. 2.

Bevor aber eine gesetzliche Regelung der Treuhandverträge in unserem deutschen Recht nicht erfolgt ist, bleibt es der Wissenschaft als vornehmstes Recht vorbehalten, neue Wege zur Lösung alter Probleme zu finden. Ist einmal eine legislative Festlegung der Zweifel unseres Themas erfolgt, so hat der Gesetzgeber gesprochen, und die Wissenschaft muß, wenigstens de lege lata, in gewisser Hinsicht zurücktreten.

Daß eine künftige Gesetzgebung die fast zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung gelangte, von uns bekämpfte Auffassung der Aussonderungsanhänger ihrer Tätigkeit zu Grunde legen wird, erscheint uns fast unzweifelhaft. Vielleicht würde hierdurch der numerus clausus der Sachenrechte vermehrt und ein neues Eigentum, das relative Eigentum de lege lata geschaffen werden. Solange unser Recht diesen Begriff noch nicht kennt, erscheint es uns immer noch empfehlenswerter, anstatt sich ein neues Eigentum künstlich zu konstruieren, mit natürlichen Begriffen der Rechtswissenschaft zu nicht weniger billigen Resultaten zu gelangen. Wenn letzteres uns gelungen sein sollte, so ist der Zweck dieser Arbeit erfüllt.

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher.

I. Bürgerliches Recht.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts Bd. 1.
Dernburg, Pandekten Bd. 1.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl. Bd. 2.
Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2.
Grünhut, Wechselrecht Bd. 2.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2.

II. Konkursrecht.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts.
Kisch, Vorlesung über Konkursrecht WS. 1912/13 Straßburg.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 2. Aufl.
Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts für Studierende.
Seuffert Deutsches Konkursprozeßrecht.

B. Kommentare.

I. Bürgerliches Recht.

Biermann, Kommentar zum BGB. (Sachenrecht) 2. Aufl.
BGB. Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Düringer-Rachenburg, Kommentar zum HGB. 2. Aufl. Bd. 2.
Oertmann, Kommentar zum BGB. (Recht der Schuldverhältnisse) 3./4. Aufl.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Schollmeyer, Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (Komm. z. BGB. von Hölder u. a.)
Staub, Kommentar zum HGB., 8. Aufl.
Staub, Kommentar zur Allgem. Deutschen WO.
Staub, Kommentar zur WO.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 3./4. Aufl.

II. Konkursrecht.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Aufl.
Petersen-Kleinfeller, KO. für das Deutsche Reich, 4. Aufl.
Wilmowsky, Deutsche RKO., 6. Aufl.

C. Einzeldarstellungen.

Boenheim, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand, Jen. Diss. 1911.

Bonnet, Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern, Tüb. Diss. 1912.

Bonenkamp, Die fiduziarische Sicherungsübereignung beweglicher Sachen, Jen. Diss. 1910.

Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und nach BGB. Rost. Diss. 1903.

Fischbach, Das Sammelvermögen, Straßb. Diss. 1907.

Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte 1912.

Fischer, Die Sicherungsübereignung mit Berücksichtigung der Zwangsvollstreckung und des Konkurses, Leipz. Diss. 1908.

Fuss, Die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, Kiel, Diss. 1899.

Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts, Rost. Diss. 1901.

Heymann, Trustee und Trustee-Company in Festschrift für Brunner, 473.

Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1905.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien 1889.

Mögling, Das fiduziarische Rechtsgeschäft, Tüb. Diss. 1908.

Nathan, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Tüb. Diss. 1909.

Oertmann, Die „fiducia" im römischen Privatrecht 1890.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum 1857.

Riedel, Das BGB. im Vergleich mit dem preußischen Recht.

Stieve, Der Bereicherungsanspruch.

Stauffacher, Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Fiduziars, Leipz. Diss. 1909.

Walter, Die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Sicherungsübereignung im Lichte der Billigkeit, Bonn. Diss. 1912.

Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen 1901.

Wiesing, Das Aussonderungsrecht im Konkurse, Jen. Diss. 1910.

D. Zeitschriften und Sammelwerke.[1])

Deutsche Juristenzeitung.

Juristische Wochenschrift.

[1]) Die Zitierung nach Band und Seitenzahl findet sich an den entsprechenden Stellen der Arbeit. Die Abkürzungen entsprechen in der Hauptsache den Vorschlägen des Deutschen Juristen-Tages.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Das Recht.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Annalen des Deutschen Reichs, begr. von Hirth.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Halm, Materialien zur Konkursordnung.

E. Entscheidungen.

Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.
Die Rechtsprechung der OLG.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen usw.
Goergel, Rechtsprechung.

Lebenslauf.

Ich, Walter Bing, wurde am 19. April 1891 zu Markirch i. Els. als Sohn des Großkaufmanns Eugen Bing geboren, besuchte die dortige Realschule, siedelte mit meinen Eltern im Jahre 1904 nach Straßburg über, wo ich im Sommer 1909 absolvierte, um mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Straßburg, München und Berlin zu widmen. Im Januar 1914 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und war bis Kriegsbeginn als Referendar am Amtsgericht Illkirch tätig. Als Kriegsfreiwilliger eingetreten, tue ich zurzeit als Vizefeldwebel d. R. Dienst bei einem bayrischen Jägerbataillon.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Kisch, der mich bei der Fertigstellung der Arbeit in liebenswürdigster Weise unterstützte, sage ich an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank.